Die rechtliche Stellung des nasciturus und nondum conceptus.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Großherzoglich Mecklenburgischen Landes-Universität zu Rostock

vorgelegt von

Otto Wehde
Kammergerichtsreferendar.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1913.

Referent: Universitätsprofessor Dr. Bernhöft.

Meinen Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Einleitung 1
B. Begriff des nasciturus und nondum conceptus 3
C. Die Theorien des dem Ungeborenen zuteil gewordenen Rechtsschutzes . . 4
D. Die rechtliche Stellung des nasciturus.
I. Römisches Recht, allgem. Landrecht und Entwürfe zum Bürgerlichen Gesetzbuche 25
II. Bürgerliches Gesetzbuch.
1. Erbrecht 29
2. Familienrecht 35
Die rechtliche Natur der Pflegschaft und Wirkungskreis des Pflegers.
3. Obligationenrecht 38
4. Öffentliches Recht, insbesondere Strafrecht 40
E. Die rechtliche Stellung des nondum conceptus.
1. Obligationenrecht 45
2. Erbrecht 45
3. Familienrecht.
Pflegschaft aus § 1913 BGB. 52
Wirkungskreis des Pflegers, insbesondere Hypothekenbestellung für eine zukünftige Deszendenz und rechtlicher Charakter der Pflegschaft.
F. Schluß 56

Literaturverzeichnis.

Ahlfeld, Nasciturus. Leipzig 1906.
Bagel, Zur rechtlichen Stellung der noch nicht erzeugten Deszendenz. In Gruchots Beiträgen Bd. 52 1908.
Bekker, Zur Lehre vom Rechtssubjekt. In Iherings Jahrbüchern Bd. 12.
Biermann, Bürgerliches Recht.
Binder, Rechtsstellung des Erben. 1901, 1903, 1905.
Binder, Problem der juristischen Persönlichkeit. Leipzig 1907.
Birkmeyer, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. Berlin 1904.
Böhm, Reichsgrundbuchrecht.
Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 1873.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. Jena.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1912.
Dernburg, Das bürgerliche Recht. 1910.
Dernburg, Preußisches Privatrecht. 1880.
Eck, Verträge über das Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch. 1903.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl.
Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil. 1909.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivil- und Strafsachen.
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, herausgegeben von der Kommission zur Ausarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin (Dr. Gebhard) 1881.
Entwurf, ausgearbeitet durch die vom Bundesrate berufene Kommission. 1888.
Frommhold, Erbrecht. 1900.
Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. 1896.
Fuchs, Vormundschaftsrecht. 1909.
v. **Gierke**, Deutsches Privatrecht. Leipzig.
Goldschmidt, Nachlaßpflegschaft. In den rechts- und staatswissenschaftlichen Studien Bd. 29. 1905.
Güthe, Grundbuchordnung. 1911.
Hachenburg, Studien zum Erbrecht: Die Einsetzung eines Nacherben. 1895.
Hachenburg, Vorträge.
Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte.
Heymann, Grundzüge des gesetzlichen Verwandtenerbrechts. 1896.
Hölder, Kommentar zum allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Hölder, Natürliche und juristische Personen.
Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts.
Karlowa, Zur Lehre von den juristischen Personen. In Grünhuts Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart Bd. 15 S. 831 ff.
Koch, Allgem. Landrecht. 1884.
Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft.
Kohler, Lehrbuch.
Leske, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des preuß. allgem. Landrechts.
Leonhard, Erbrecht.
Matthiaß, Das bürgerliche Recht.
Meischeider, Letztwillige Verfügungen.
Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Oertmann, Kommentar zum Allgemeinen Teil.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch.
Ortloff, Physiologische Kennzeichen für Beginn und Ende der Rechtsfähigkeit. Berlin und Leipzig 1896.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch.
Puchta, Pandekten. 1893.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Regelsberger, Pandekten. 1893.
Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß.
v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts.
Schloßmann, Die Lehre von der Stellvertretung. 1900.
Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht. In Jherings Jahrbüchern Bd. 43 S. 1.
Schwarz, Rechtssubjekt und Rechtszweck. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 35.
Seckel, Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts. In der Festgabe für Dr. R. Koch 1903.
Semeka, Das Wartrecht. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 35.
Sokolowski, Die Philosophie im Privatrecht. Halle 1902.
Stammler, Unbestimmtheit des Rechtssubjekts. Gießener Festschrift S. 435.
v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Strohal, Das deutsche Erbrecht. 1901.
v. Tuhr, Deutsches bürgerliches Recht. In Bindings Handbuch 1910.
Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht. 1906.
Vangerow, Pandekten. 7. Aufl.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Frankfurt a. M. 1906.

Einleitung.

Jeder Mensch ist kraft zwingenden Rechtes rechtsfähig. Es liegt sowohl im öffentlichen Interesse und entspricht auch dem sittlichen Gebote der Ethik, wenn das Recht den privatrechtlichen Willen des Menschen unabhängig von Religion, Stand, Staatsangehörigkeit, Alter, Geschlecht usw. anerkennt. Es kann niemand über diese ihm von der Rechtsordnung beigelegte Eigenschaft verfügen, weder sie den Sachen oder anderen Gegenständen beilegen noch sich ihrer z. B. durch Eintritt in ein Kloster entledigen, wie dies nach früherem Rechte möglich war. Jede jemals vorhanden gewesene Beschränkung gehört der Geschichte an. Den Grundsatz der allgemeinen Rechtsfähigkeit hat das Gesetz im Interesse des Verkehrs unter den Menschen aufgestellt. Das soziale Leben spielt sich unter den lebenden Menschen ab und daher sind naturgemäß Geburt und Tod diejenigen Zeitpunkte, an die das Gesetz Beginn und Ende der Rechtsfähigkeit geknüpft hat.

Da jedoch die Geburt keinen Augenblick, sondern einen Vorgang darstellt, so war es erforderlich, den Beginn der Rechtsfähigkeit zeitlich noch genauer festzulegen. Die Wahrscheinlichkeit, daß ein menschliches Wesen für das soziale Leben dauernd in Frage kommt, beginnt erst damit, daß es die Gefahren des Geburtsaktes überwunden hat. Daher ist mit Recht im § 1 BGB. bestimmt, daß die Rechtsfähigkeit mit der Vollendung der Geburt beginnt. Durch argumentum e contrario ergibt sich aus § 1, daß jedes menschliche Wesen vor der vollendeten Geburt also nicht rechtsfähig ist. Diese Folgerung aus dem Fundamentalsatz des § 1 wird allgemein anerkannt. Stirbt es vorher, wenn auch erst in der Geburt, so hat es rechtlich nie gelebt, ist niemals

rechtsfähig gewesen. Der ganze Vorgang der Entwicklung des Embryos ist rechtlich unerheblich geworden. Das Recht hat sich aber dem natürlichen Wunsche des Menschen, auch Nichtgeborene schon in den Rechtsverkehr ziehen zu können, nicht verschlossen und hat diesen Wesen eine gewisse rechtliche Beachtung geschenkt.

Es war dies durchaus erforderlich, denn es wäre mit den Regeln der Billigkeit ganz unvereinbar, wollte die Rechtsordnung den werdenden Menschen in jeder Beziehung unberücksichtigt lassen. Die Unbilligkeit würde nie klarer zutage treten, als wenn von zwei Geschwistern der eine alles und der andere, weil er nach dem Tode des Vaters geboren ist, gar nichts erben würde. Oder man denke an den Fall, daß die entferntesten Verwandten zur Erbschaft in das Vermögen des Erblassers zugelassen würden und der eheliche Sohn als postumus leer ausgehen sollte.

Die spes nascendi ist hier der rechtschaffende Faktor gewesen und das Bedürfnis, „die tatsächliche Realisierung der für den Fall des Existentwerdens eines zukünftigen Menschens diesem zukommenden rechtlichen Stellung schon jetzt sicherzustellen“ (Hölder, Allgem. Teil S. 72).

Die vorliegende Abhandlung wird Gelegenheit bieten, zu erkennen, wie die Gesetze im Laufe der Zeiten diesem Bedürfnisse je nach dem Stande der Kultur der Völker immer mehr und mehr nachgekommen sind. Es lag der Gesetzgebung am nächsten, den zukünftigen Menschen in dem Stadium zu berücksichtigen, in dem er bereits als Embryo im Mutterleibe in Erscheinung trat, seine Geburt also in berechenbarer Zeit zu erwarten war. Erst die jüngere Gesetzgebung ist noch weitergegangen und hat das Bedürfnis anerkannt, in ganz wenigen Fällen zukünftige Menschen auch dann zu berücksichtigen, wenn sie noch unerzeugt und noch nicht einmal in natura rerum sind, wie die Römer sich ausdrückten. Die Entwicklung des preußischen Rechtes zeigt uns, wie sehr ein solches Bedürfnis vorhanden war und sich trotz des Widerspruchs der Wissenschaft praktisch durchgesetzt hat. Die Praxis hat sich über die Schwierigkeiten hinweggesetzt, welche von namhaften Juristen geltend gemacht wurden (vgl. den geschichtlichen Rückblick in der Darstellung bei Vagel S. 194/95). Es hat sich das Bürgerliche Gesetzbuch der Notwendigkeit nicht entzogen, bis dahin

strittige Punkte in der rechtlichen Behandlung des nondum conceptus der gesetzlichen Regelung zu unterwerfen, obwohl man sich bewußt war, daß man damit im Unterschiede zum nasciturus, der doch immerhin schon ein Etwas, ein Wesen ist und in absehbarer Zeit zum rechtsfähigen Menschen wird, eine bloße Möglichkeit in den Kreis der von der Rechtsordnung geregelten Lebensverhältnisse hineinzog.

Begriff des nasciturus und nondum conceptus.

Als Grenze für den Anfangstermin der embryonalen Existenz hat die Konzeption zu gelten, ein Zeitpunkt, der meist nicht mit Sicherheit festzustellen ist. Über den Endpunkt des intrauterinen Lebens eines Embryos, also über die Grenze zwischen Embryo und Mensch im Rechtssinne, herrscht lebhafter Streit.

Nach § 3 der 1. Lesung des Entw., ausgearbeitet durch die von dem Bundesrate berufene Kommission (1888), sollte die Rechtsfähigkeit „mit der Geburt" beginnen. Mit Recht ist diese Fassung getadelt und als ungenau und unzureichend in das geltende Recht nicht übernommen worden.

H ö l d e r hatte sich dahin geäußert (ArchZivPrax. Bd. 73 1888): „Ohne Zweifel soll es in Übereinstimmung mit dem bisherigen Rechte ankommen auf den Zeitpunkt der vollendeten Geburt oder der vollzogenen Trennung vom Mutterleibe. Die Worte ‚mit der Geburt' deuten aber eher den Anfang des Geburtsaktes als entscheidend an; was mit einem nicht schlechthin momentanen Vorgange beginnt, dessen Beginn fällt mit demjenigen jenes Vorganges zusammen, wie umgekehrt das mit einem bestimmten Vorgange Endigende im Momente seines Ablaufs aufhört".

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Frage dahin entschieden, daß die Rechtsfähigkeit mit der v o l l e n d e t e n Geburt beginnt. Vorher ist der Ungeborene noch portio mulieris, kein selbständiges Wesen. Der in der Wissenschaft entstandene Streit beweist aber, daß der Zeitpunkt auch damit noch nicht genau genug festgelegt ist. Bei der Anwendung des § 1 BGB. entsteht sofort die Frage: Wann ist eine Geburt als vollendet anzusehen?

Wie der Beginn einer Geburt für das Strafrecht von Bedeutung ist, so ist zivilrechtlich die Frage nach dem Ende einer Geburt bedeutsam. Aber weder der Anfang noch das Ende des Geburtsaktes ist über allen Zweifeln feststehend. Wie im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich (Dr. Gebhard, Berlin 1881, herausgegeben von der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Allgem. Teil S. 65) zu lesen ist, wollte man die Geburt in dem Augenblicke als erfolgt ansehen, in welchem die ersten, für den Geburtshelfer oder die Hebamme erkennbaren Erscheinungen der Geburtstätigkeit eingetreten sind.

Dieser Zeitpunkt erschien ein zu frühzeitiger. Man hat dann schließlich die Entscheidung der Wissenschaft überlassen müssen. Die überwiegende Mehrheit der Schriftsteller vertritt den Standpunkt, daß eine Geburt dann als vollendet anzusehen ist, wenn der Embryo vollständig aus dem Mutterleibe ausgeschieden ist, ohne daß jedoch ein Durchschneiden der Nabelschnur erforderlich ist. Dieser Ansicht kann man sich bedenkenlos anschließen, denn nach dem Austritt aus dem Mutterleibe führt das Kind ein tatsächlich von dem Leben der Mutter unabhängiges, selbständiges Leben, für welches es gleichgültig ist, ob die Nabelschnur, welche nun keine Funktionen mehr auszuüben hat, durchschnitten ist oder nicht.

Wir kommen also zu dem Resultat, daß man als nasciturus jedes menschliche Schwangerschaftsprodukt zwischen der Konzeption einerseits, gleichgültig ob die Befruchtung auf natürlichem oder künstlichem Wege erfolgt ist, und jenem soeben bezeichneten Zeitpunkte anzusehen hat.

Während also der nasciturus bereits ein Etwas, in der Realität Vorhandenes ist, ist im Gegensatz hierzu der nondum conceptus nur etwas Gedachtes, nur ein Gedankengebilde.

Die Theorien des dem Ungeborenen zuteil gewordenen Rechtsschutzes.

Die Rechtsfähigkeit fehlt sowohl dem nasciturus als dem nondum conceptus. Der lebendgeborene Mensch besitzt sie allein, ist „Rechtssubjekt“.

„Wer kann Rechtssubjekt sein?" „Wer wird als Rechtssubjekt anerkannt?" „Wer ist Rechtssubjekt?" und ähnlich lauten die Fragen, die in allen Kommentaren und Lehrbüchern wiederkehren.

Mit Recht hat man darauf hingewiesen, so Schwarz in seinen Untersuchungen über „Rechtssubjekt und Rechtszweck" und vor ihm schon Stammler und Binder, daß diese Fragestellung, da sie von vornherein falsch ist, auch zu falschen Ergebnissen führen muß. Erfolgreicher wird die Beantwortung der Frage sein „was ist Rechtssubjekt?" Wie es erforderlich ist, erst zu wissen, was ein Philosoph ist, um festzustellen, wer ein Philosoph ist, so ist es auch hier. Während die Antwort auf die Frage, wen die verschiedenen Rechtsordnungen als Rechtssubjekt anerkennen wollen, verschieden ausfallen kann und verschieden ausgefallen ist, handelt es sich bei der Frage, was ein Rechtssubjekt ist, um einen juristischen Grundbegriff, welcher unabhängig von den verschiedenen Rechtsordnungen beantwortet werden muß. Nur dann ist eine befriedigende Antwort auf die Frage nach dem Wesen des Rechtssubjektes zu erwarten.

Die Lehrbücher geben verschiedene Antworten auf die Frage, „wer" Rechtssubjekt ist.

So sagen z. B. Endemann (S. 108): „Träger der von der Ordnung des bürgerlichen Rechtes anerkannten Rechtsbeziehungen";

Regelsberger (S. 77): „Träger des Rechtes, der Berechtigte";

Cosack (§ 16 II): „Jeder, der fähig ist, Inhaber eines Rechtes zu sein, heißt rechtsfähig. Die Rechtsfähigkeit besteht in der Fähigkeit, Rechte zu haben";

Kohler (Enzykl. d. Rechtsw. S. 569): „Rechtssubjekt ist natürlich vor allem der einzelne Mensch";

Biermann (§ 32): „Das subjektive Recht verlangt für ine rechtliche Macht einen Träger dieser Macht, einen Machthaber" usw.

Also dasjenige Wesen, welches ein Recht „trägt", welches „Träger" von Rechten und Pflichten sein kann, welches „zusteht", „gehört" und welche anderen Ausdrücke sich finden mögen,

wird als Rechtssubjekt angesprochen. Spricht man aber von Subjekt und Träger, so ist damit stets die Vorstellung an einen Menschen verbunden, da man von der Philosophie her gewohnt ist, als Subjekt das wahrnehmende, denkende Ich anzusehen. Die Lehre von den juristischen Personen hat jedoch dahin geführt, nicht nur Menschen, sondern auch andere Wesen als Rechtssubjekte anzuerkennen. Hier mußte man bereits mit obiger Vorstellung brechen und verlegte sich auf das Konstruieren. Man mußte sich davon entwöhnen, als Subjekt lediglich den Menschen anzusehen, und begann zu fingieren.

Mit der Tatsache, daß es unbestreitbar Rechte gibt, welche nicht an einen Menschen angeschlossen sind, hat man sich in den denkbar verschiedensten Formen abgefunden und die Beantwortung der Frage nach dem Wesen des dem nasciturus, der noch nicht Mensch im Rechtssinne ist und doch bereits Interessenzentrum für gewisse rechtliche Beziehungen sein kann, zuteil gewordenen Rechtsschutzes hat die Trennung der Wissenschaft im wesentlichen in zwei Lager veranlaßt, deren Gegensatz in der Annahme oder Nichtannahme von „Rechten" gipfelt.

Zuerst hat wohl Savigny in seinem System des römischen Rechtes sich die Aufgabe gestellt, nach dem Wesen des dem nasciturus zuteil gewordenen Rechtsschutzes zu forschen. Er stellt im § 60 den Begriff der Rechtsfähigkeit als zusammenfallend mit dem Begriff des einzelnen Menschen dar, weil alles Recht „um der sittlichen, jedem einzelnen Menschen innewohnenden Freiheit willen da sei". In derselben Weise, wie die Rechtsfähigkeit nun aber durch die Rechtsordnung geschmälert werden kann, kann sie auch auf andere Subjekte als die Menschen erstreckt werden. Eine solche Erweiterung finden wir in der sogen. juristischen Person. Die hier vorliegende Ausdehnung schafft ein künstliches, durch bloße Fiktion entstandenes Subjekt, das wir juristische Person nennen, d. h. eine Person, welche „bloß zu juristischen Zwecken angenommen wird. In ihr finden wir einen Träger von Rechtsverhältnissen noch neben dem einzelnen Menschen" (§ 85 S. 236).

Savigny begibt sich auf das Gebiet der Fiktion und fingiert eine solche juristische Person auch bei dem nasciturus

(vgl. § 62), um auf diese Weise den Widerspruch in den römischen Rechtsquellen zu lösen, daß einerseits partus nondum editus non homo recte fuisse dicitur, der Embryo noch portio mulieris oder visserum ist, anderseits aber diejenigen, qui in utero sunt, in toto paene jure civili intelleguntur in rerum natura esse. Diese Fiktion der juristischen Persönlichkeit soll jedoch nicht in allen Beziehungen anwendbar sein, eine allgemeine Rechtsfähigkeit eines Embryo ist auch nach Savigny zu verneinen; Vertretung, Eigentums- und Forderungsrechte sind hier unmöglich, sondern eine wesentliche Einschränkung der juristischen Persönlichkeit ist in der Richtung erforderlich, daß diese nur vorsorgend und bezüglich des bevorstehenden Lebens eines Kindes fingiert wird, um das zukünftige Leben bereits gegenwärtig vor Vernichtung zu schützen und um dem Embryo Rechte anweisen zu können, in die das Kind gleich bei seiner Geburt eintritt.

Wichtig für unsere spätere Betrachtung ist hier festzustellen, daß Savigny bei der Besprechung der frommen Stiftungen betont, daß hier das wahre Subjekt der Rechte der „Zweck" der Menschenliebe ist (System § 85 Anm. b).

Auch Kohler (Lehrb. S. 355) ist für die juristische Persönlichkeit des nasciturus mit beschränkter Rechtsfähigkeit eingetreten, dessen Organ der Pfleger sein soll.

Gerechtfertigt wird diese Ansicht folgendermaßen:

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt auch stillschweigende, konstruktive juristische Personen. Es sind dies solche, die nicht erst einer besonderen Gründung bedürfen, sondern die selbständig durch die Verhältnisse entstehen. Diese Annahme sei ein notwendiges Hilfsmittel, und auch nur so könne man den eigentümlichen Schwebezustand der Rechte des nasciturus erklären. Dagegen hat man den von einigen Schriftstellern vertretenen Standpunkt des numerus clausus der juristischen Personen angeführt und ist auf einen Ausweg durch die Annahme sogen. Quasipersonen gekommen (so Goldschmidt § 59: „Nachlaßpflegschaft"), eine Lehre, die aus den gleichen Gründen wie die der juristischen Personen nicht stichhaltig ist. Denn die Quasipersonen sollen die gleiche rechtliche Behandlung wie die drei Personenarten Mensch, Körperschaft und Stiftung erfahren. Die Unhaltbarkeit

der Lehre von der juristischen Persönlichkeit des nasciturus ergibt sich, worauf auch Oertmann (Allgem. Teil S. 6) aufmerksam macht, eben aus den notwendigerweise zu machenden Einschränkungen. Die juristische Person im Sinne unseres Rechtes ist, abgesehen von der familienrechtlichen Seite, die ihrem Wesen fremd ist, in der Rechtsfähigkeit der natürlichen Person, dem Menschen, gleichgestellt und in demselben Umfange Trägerin von Rechten und Pflichten wie der Mensch, hat Erb- und Vermögensrechte, ja sogar Persönlichkeitsrechte: Recht auf Namen, Wappen, Patent-, Firmen- und Urheberrechte. Da alle diese Rechte dem nasciturus unzweifelhaft nicht zustehen, so kann der nasciturus auch keine juristische Person im Sinne unseres Rechtes sein (so anscheinend auch Enneccerus, Lehrb. § 77 Anm. 4).

Es scheint, als ob auch Puchta (§ 22 der Pand. und § 114 Anm. b, § 25 Anm. 5) sich gescheut hat, alle Konsequenzen seiner Auffassung, daß der nasciturus juristische Person ist, zu ziehen. Seine Auffassung kommt derjenigen Savignys nahe, indem er als fingierte juristische Person diejenige bezeichnet, der das Recht im Gegensatz zu den natürlichen Personen eine ideelle Existenz verleiht. Im § 114 Anm. b kommt seine Ansicht, auch der nasciturus habe eine solche ideelle Existenz und sei juristische Person, klar zum Ausdruck: „Mit der Geburt beginnt nur der Mensch, nicht die Person“. Wäre wirklich eine juristische Person vorhanden, so müßte sie auch Rechte erwerben können, und dieses kann der nasciturus zweifellos nicht.

Die Fiktionstheorien bieten keine Handhabe zur hinreichenden, annehmbaren Erklärung des Wesens des fraglichen Rechtsschutzes. Sie sind nur „Darstellungsmittel eines Gedankens, den Gedanken selbst verraten sie nicht“. Die Fiktion ist lediglich eine in der Gesetzestechnik zur Anwendung kommende Denkform und nicht mehr und nicht weniger.

Windscheid hält es auch für die Auffassuug des römischen Rechtes, daß ein nasciturus im Gegensatz zu den Personen (Menschen), „deren Wille als maßgebend erklärt ist“, nicht rechtsfähig ist. Wenn aber später ein rechtsfähiger Mensch geboren ist, rechnet man seine Existenz keineswegs erst von der Zeit seiner Geburt, sondern bereits von seiner Erzeugung an. Es können

den Kindern im Mutterleibe bereits Rechte anfallen. Geschieht dieses, so kann der Embryo diese Rechte allerdings nicht erwerben, dem endgültigen Erwerbe steht der Gedanke des § 1 BGB. entgegen. Bis diese Möglichkeit des Rechtserwerbes mit der vollendeten Geburt eintritt, bestehen die Rechte nach Windscheid „einstweilen als subjektlos fort".

Die Lehre von den subjektlosen Rechten hat bekanntlich namhafte Vertreter gefunden. Sie hat allerdings den Vorzug, nicht zu fingieren, birgt aber andere und unüberwindliche begriffliche Schwierigkeiten in sich.

Bezüglich der Stellung des nasciturus nimmt Hachenburg solche Subjektlosigkeit der Rechte an. „Alle Rechte des nasciturus sind künftige Rechte, sie sind aber doch schon vorhanden, denn zu ihrer Wahrnehmung wird der Pfleger bestellt. Was ihnen fehlt, ist das Rechtssubjekt, das Objekt ist vorhanden . . . Die Lösung der Frage geht also dahin, daß allerdings nur der lebendig gewordene Mensch Träger von Rechten sein kann, die Entstehung von Rechten aber für ihn für den Fall, daß er existent wird, vorgesehen ist. Der nasciturus ist nicht rechtsfähig, aber er kann es werden. Es können Rechte für ihn begründet werden, die ihm bei dem Beginne seiner Rechtsfähigkeit mit der Geburt zufallen".

Auch Seckel hat neuerdings in seiner Abhandlung „Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts" (Festgabe für Richard Koch, Berlin 1903) sich ganz beiläufig für die Möglichkeit subjektloser Rechte ausgesprochen. Ohne das subjektlose Recht kann seiner Ansicht nach keine fiktionenfreie Lehre des bürgerlichen Rechts auskommen. Auch das Bürgerliche Gesetzbuch kenne die subjektlose hereditas iacens, die auf den nasciturus wartet. Der Pfleger der Leibesfrucht ist Pfleger eines subjektlosen Vermögens.

Allerdings widerstrebt Windscheid „ein natürliches, auf einem tiefen Zuge zur Persönlichkeit, welcher durch die Menschennatur hindurchgeht, beruhendes Gefühl", daß es Rechte geben soll, die kein Subjekt, sondern nur eine Bestimmung, und zwar lediglich die Bestimmung haben, einem „unpersönlichen Zweck" zu dienen. Windscheid gibt zu, daß es die regelmäßige Bestimmung der Rechte ist, denjenigen Interessen zu dienen, welche sich in der

Person eines Menschen vereinigen. Trotzdem ist es aber auch für ihn unleugbare Tatsache, daß Rechte vorkommen, welche nicht an einen Menschen als ihr Subjekt geknüpft sind. Jedes Recht hat wohl einen Zweck, eine Bestimmung, jedoch hat nicht jedes Recht ein Subjekt.

Das Gemeinsame der bisher besprochenen Ansichten ist, daß sie überhaupt das Vorhandensein von „Rechten" annahmen, sei es, daß sie juristische Pesonen fingieren oder subjektlose Rechte als vorliegend erachteten. Allein diese Anschauungen sind auf den denkbar heftigsten Widerspruch derjenigen unter sich in den Ansichten wieder abweichenden Autoren gestoßen, welche das andere Lager in dieser Streitfrage bilden und mit der Behauptung auftreten, daß von solchen „Rechten", mögen sie fingiert oder subjektlos sein, gar keine Rede sein könne.

Hölder (S. 71) leugnet überhaupt das Vorhandensein irgendwelcher subjektiver Berechtigungen. Die diesbezüglichen Ausführungen in seinem Lehrbuch (Allgem. Teil S. 71/72) kommen darauf hinaus, daß ein positiver Rechtsschutz für den nasciturus gar nicht besteht, sondern das Gesetz einen solchen Schutz nur negativ erreicht, indem es sich darauf beschränkt, die Rechtsverhältnisse anderer Personen, wenn sie sich nicht mit der dem Erzeugten für den Fall seiner Geburt zugedachten Stellung vereinbaren lassen, vorläufig auszuschließen. Eine ganz ähnliche Anschauungsweise in der Leugnung irgendwelcher positiver Berechtigungen scheint sich auch bei Biermann zu finden.

Biermann folgert aus der Tatsache, daß die Belastung mit einer Auflage häufig nur eine Verpflichtung, kein Recht begründe, daß die Rechtsordnung solche Fälle kenne, in denen nur Rechtspflichten geschaffen und nicht auch zugleich subjektive Rechte gewährt werden. Mit einer solchen Auferlegung rechtlicher Pflichten und mit dem Vorhandensein von lediglich „rechtlichen Bedingungen" habe man es auch bei den sogen. Rechten des Embryo zu tun, die aber noch keine Rechte sein können, denn das subjektive Recht ist eine Macht und eine solche verlangt begrifflich einen Machthaber; eine Macht, die niemandem zusteht, ist undenkbar. Es könne also umgekehrt da, wo kein Machthaber

(Rechtsträger) ist, keine solche Macht (kein Recht) angenommen werden.

Im Gegensatz zu Biermann und Hölder glauben andere wiederum an die Existenz positiver Schutzbestimmungen für den nasciturus. Sie sprechen von „künftigen bedingten Rechten“ eines Embryo. So definiert v. Gierke (DPrivR. § 40 S. 353) das subjektive Recht als äußere Willensmacht oder Willensgebundenheit, Herrschen und Beherrschtsein. Allein die Menschen erscheinen dem heutigen Bewußtsein als zu Rechtssubjekten geeignete Träger dieser Willensmacht. Im § 30 wird sodann begründet, daß alle Personifikationen abzulehnen sind und die Menschen die einzigen Rechtssubjekte sind. Die Leibesfrucht ist kein Mensch, also der Embryo keine Person im juristischen Sinne. Es kann sich bei ihm stets nur um einen bedingten Rechtserwerb handeln, und dieser gilt als nicht erfolgt, wenn keine Persönlichkeit entsteht. Insofern erscheint der Erwerb also durch die Geburt bedingt. In welchem Sinne aber der Begriff Bedingung verwendet wird, geht aus v. Gierkes Ausführungen nicht hervor. Die Zeit bis zur Geburt der Leibesfrucht werde durch einen „Schwebezustand“ ausgefüllt.

Auf der Annahme eines solchen in diesem Zusammenhange bei der Literatur häufig wiederkehrenden Gedankens von Schwebezuständen will auch Endemann (Lehrb. § 26 und Einführung S. 96) die juristische Erklärung unseres Problemes beruhen lassen, wonach die Rechte kraft Gesetzes die Zwischenzeit ohne Rechtssubjekt überdauern, vermöge der Bereitschaftswirkung aber sofort anfallen, wenn der Rechtsdestinatär lebend geboren wird. In den letzten Worten gibt sich zu erkennen, daß Endemann bedingte Rechte annimmt. Er findet hier „subjektlose Rechte bestätigt, die vermöge der gesetzlichen Gebundenheit . . . in dem Zustand der Schwebe gehalten werden . . .“, tritt aber der Ansicht entgegen, daß Rechtssubjekte anerkannt würden, welche schon vor der vollendeten Geburt existierten. In seiner „Einführung“ gibt er eine Erklärung, wie er das Bedingtsein verstanden wissen will. Von einer Bedingung im gewöhnlichen Sinne kann keine Rede sein, sondern die späteren Rechte des nasciturus befinden sich nur analog den bedingten Rechtsverhältnissen in einem Schwebezustand,

so daß sie nicht untergehen, andererseits aber auch nicht von anderen Personen definitiv vor der Entscheidung der Bedingung erworben werden können.

Im gewöhnlichen Sinne bedingte Rechte setzen in gleicher Weise wie bedingte ein rechtsfähiges Subjekt voraus. In welcher Weise man sich nun die analoge Behandlung, von der Endemann spricht, zu denken hat, hat Oertmann zum Gegenstande interessanter Ausführungen (Anm. 5 b zu § 1 S. 6) gemacht, deren wörtliche Wiedergabe gestattet sei. Er meint folgendes:

> „Den richtigen Gesichtspunkt gewinnt man begrifflich noch nicht durch die Verwertung der Rechtsfigur der Bedingung, sondern durch die eines analogen, davon aber verschiedenen Gesichtspunktes; wie es kommen kann, daß der Entstehungstatbestand eines Rechtes im allgemeinen vorliegt, aber noch ein unerläßliches Tatbestandsstück fehlt, so kann es sich auch ergeben, daß die subjektiven oder objektiven Voraussetzungen, Faktoren des Rechts, noch nicht vollständig vorhanden sind, obwohl ein Teil ihres Entstehungstatbestandes bereits vorliegt. So hier: Durch die Erzeugung eines Menschen ist ein Stück des zu seinem Existentwerden nötigen Tatbestandes bereits gegeben, während das weitere notwendige Tatbestandsstück der Geburt aussteht. Das braucht zwar nicht, kann aber dem Gesetzgeber Anlaß bieten, hier bereits schützend einzugreifen, wie er ja auch für den Fall des bedingten Rechtsgeschäfts eingreift, wo zum Entstehungstatbestand des Rechts als solchen noch ein Tatbestandsstück aussteht".

Der Grund, weswegen die Rechte bedingt, in Wirklichkeit jedoch noch nicht vorhanden sind, ist ein anderer als bei den gewöhnlichen Bedingungen,

> „bei diesen liegt der Entstehungstatbestand des Subjektes fertig vor, nicht aber derjenige des Rechtes als solchen, während bei den „Rechten" der Leibesfrucht umgekehrt das Subjekt noch nicht alle Entstehungsmomente aufweist . . ."

Für Rechte, die auf den Fall der Geburt vorbehalten werden, und damit gegen ein auch subjektloses Vorhandensein von Rechten hat sich Eck (S. 37 u. 38) ausgesprochen. Eck wendet sich ausdrücklich dagegen, daß vorbehaltene Rechte wirklich vorhanden seien. Sie sind künftige Rechte im wahren Sinne des Wortes, und da sie überhaupt nicht vorhanden sind, können sie auch nicht subjektlos vorhanden sein.

Darauf antwortet Hachenburg mit dem Hinweis, daß es der Auffassung des Vorhandenseins subjektloser Rechte keineswegs entgegenstehe, wenn das Gesetz die Rechte des noch nicht Erzeugten nur als künftige kenne, „denn künftig ist das vollendete Recht. Vorhanden ist aber bereits etwas, die Verpflichtung des Schuldners usw., wenn freilich auch bedingt durch das Existentwerden des Subjektes“.

Heymann will „resolutiv bedingte Rechte“ annehmen.

Leske (S. 29) verneint ebenfalls das Vorhandensein von Rechten eines nasciturus. Unter Gegenüberstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des allgem. Landrechts führt er aus, daß letzteres dem noch ungeborenen Kinde allerdings Rechte auf den Fall vorbehalte, daß es lebend geboren wird. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch stehe aber fest, daß die Leibesfrucht nicht Trägerin von Rechten sein könne. Es schütze nur die möglichen, künftigen privatrechtlichen Interessen des Embryo.

Karlowa (S. 381 ff.) geht von folgendem aus: Es ist faktisch ungewiß — und damit tritt er der später noch zu erörternden Ansicht Stammlers von der „subjektiven“ Ungewißheit des Rechtssubjektes entgegen —, ob is qui nasci speratur lebend zur Welt kommt. Diese Ungewißheit zeitigt eine Pendenz der Rechtsverhältnisse, und erst die Geburt beseitigt diesen Schwebezustand. „Es zeigt sich rückwärts, in welcher rechtlichen Lage der nun sicher vorhandene Mensch seit dem ersten Beginne seiner Existenz, seit der Konzeption sich befand.“ Ist der nasciturus lebend geboren, dann steht nichts im Wege, ihn während seiner bisherigen Existenz als Rechtssubjekt anzusehen.

Der Satz Julians l. 26 D. 1, 5: qui in utero sunt, in toto paene jure civili intelleguntur in rerum natura esse ist nur mit der Einschränkung „nach der Geburt“ richtig. „Die rechtliche

Behandlung des Embryo spricht . . . keineswegs für die Möglichkeit subjektloser Rechte", ein Subjekt zu fingieren, habe keinen Wert; damit, daß man aber ein bloßes Vakuum an die Stelle des menschlichen Subjektes setzt, ist Karlowa auch nicht einverstanden, sondern er findet den Stütz- und Mittelpunkt solcher Rechte und Vermögen, die ohne ein physisches Subjekt sind, im Zweck. Der Zweck sei der „reelle Gehörpunkt", wie Brinz sich ausdrückt. Dieses festgestellt und diesen Gesichtspunkt durchgeführt zu haben, ist ein unleugbares Verdienst Brinz'.

Letzterer selbst gehört zu denen, die den Gedanken von der juristischen Persönlichkeit des nasciturus verwerfen. Der Embryo gehöre noch nicht zu den Personen des Rechtes und daraus, daß Recht und Rechtsgeschäfte auf die Leibesfrucht noch vor deren Geburt Bedacht nehmen, sei nicht zu folgern, daß diese noch vor ihrer Geburt juristische Persönlichkeit habe. Wie wir (S. 8) gesehen haben, war Puchta gerade entgegengesetzter Ansicht gewesen. Nach Brinz sind die Fiktionstheorien abzulehnen und den Ungeborenen nicht Rechte gegeben, sondern nur vorbehalten; aber auch nicht dem Embryo als dem Ungeborenen, sondern als dem, der zur Welt kommt, in tempus nascendi reserviert.

Jhering (Jahrb. Bd. 10 S. 390) tritt mit aller Schärfe gegen die Annahme subjektloser Rechte auf. Der Satz, daß Rechte und Verbindlichkeiten ohne Subjekt nicht existieren können, ist für ihn „eine der unbestreitbarsten, selbstverständlichsten Wahrheiten". Das zeitige Fehlen eines berechtigten Subjektes schließt seiner Ansicht nach die Annahme von Rechten aus, jedoch nicht die Sicherstellung ihrer demnächstigen Entstehung. Das Mittel zu dieser Sicherstellung ist durch den Begriff der Gebundenheit des Rechtsobjektes gegeben. Diese „passive Wirkung" kann auch ohne gegenwärtiges berechtigtes Subjekt fortdauern oder eintreten. Die Gebundenheit selbst bestehe in der gesetzlichen Anerkennung des Bestimmungsverhältnisses einer Person oder Sache für die mittels des Rechts zu verfolgenden Zwecke des Berechtigten (Rechtszweck). Die Statuierung eines solchen Bestimmungsverhältnisses begründe zugunsten einer künftigen Person schon jetzt die gleiche Gebundenheit von Rechtsobjekten, wie der Rechtszweck des demnächstigen Rechts sie erheischt.

Eine solche Gebundenheit der Rechtsgüter allerdings nicht für einen Zweck, sondern für einen zukünftigen Berechtigten, nimmt auch Enneccerus an (Lehrb. § 68 Anm. 7). Er bekennt sich als entschiedenen Gegner der Theorie von den subjektlosen Rechten und erklärt sich bezüglich der Rechtsstellung des nasciturus für die Annahme einer beschränkten und bedingten Rechtsfähigkeit. Den Widerspruch mit § 1 BGB. glaubt er dadurch beseitigt, daß die betreffenden Spezialvorschriften, soweit die in ihnen behandelten Einzelfragen in Betracht kommen, den Kardinalparagraphen des § 1 BGB. als leges speciales außer Kraft setzen. Wenn der nasciturus nicht in der Art als Rechtsobjekt angesehen würde, daß ein „noch ungeborenes Kind für den Fall, daß es später geboren wird, schon jetzt als Rechtssubjekt betrachtet werden soll, mit anderen Worten für den Fall der Geburt bereits mit einer beschränkten Rechtsfähigkeit ausgestattet ist", kann die Annahme bedingter Rechte nicht genügen, da bedingte Rechte ebenso ein Rechtssubjekt voraussetzen wie unbedingte (Allgem. Teil 1909 § 77).

Was den Streit über die rechtliche Natur des dem nondum conceptus zuteil gewordenen Rechtsschutzes angeht, so sind die Ansichten nicht minder geteilt als bei dem bisher Besprochenen

Nach Stammler (S. 34) ist in den Fällen, in denen das Recht einen nondum conceptus berücksichtigt, überhaupt noch kein Rechtsverhältnis vorhanden, sondern beispielsweise bei der Vermächtniszuwendung an einen nondum conceptus lediglich die Tatsache der Willenserklärung des Vermächtnisgebers. Irgendwelche Rechtsfolgen vermögen erst in Verbindung mit späteren Ereignissen (z. B. der Geburt) hervorgerufen zu werden. Vorher liegt „keine neue rechtliche Beziehung vor, die zugunsten eines gar nicht bestehenden Subjektes eingetreten wäre, sondern eine solche wird erst künftighin für eine dann bestimmte Person eintreten".

Mit diesen Ausführungen wird denjenigen Endemanns (Bürgerl. R. § 24 S. 108 Nr. 2) entgegengetreten, der schon vor der Geburt eine tatsächlich bestehende rechtliche Gebundenheit, also auch eine solche des mit einem Vermächtnis Beschwerten annimmt, ohne daß aber ein Forderungsberechtigter bereits vorhanden wäre.

„Recht und Anspruch entstehen erst mit der Geburt, die Grundlage hierfür bietet die gesetzlich bestätigte Gebundenheit des ... Verpflichteten".

Eine Verpflichtung muß danach also bereits bestehen.

Seckel bleibt seiner Ansicht von der Subjektlosigkeit einiger Rechte, die wir bereits kennen gelernt haben, auch hier treu und meint: „Die der Bindung des Vorerben entsprechenden Rechte können subjektlos sein, im Falle der Nacherbe noch nicht konzipiert oder geboren ist" (Gestaltungsrechte S. 206 Anm. 2).

Hölder (Allgem. Teil S. 72) erklärt zwar, daß wirkliche „positive" Rechtsverhältnisse auch um beliebiger, möglicherweise in Zukunft existierender Menschen willen bestehen können, äußert sich jedoch nicht darüber, in welcher Art er sich die Rechtsverhältnisse als bestehend denkt, ob als Rechte, als Anwartschaften oder sonstwie.

Entsprechend der Beantwortung der Frage nach der rechtlichen Stellung des nasciturus ist auch bezüglich des nondum conceptus die Auffassung vertreten, daß hier eine Art juristische Person anzunehmen ist. Das Reichsgericht hat in Bd. 61. seiner Entscheidungen in Zivilsachen sich mit der rechtlichen Stellung einer noch nicht erzeugten Deszendenz beschäftigen müssen und seine Ansicht dahin ausgesprochen: es müßten der noch nicht erzeugten Nachkommenschaft wie die erbrechtliche Erwerbsfähigkeit so auch auf anderen Gebieten Rechte eingeräumt werden, die sonst nur den natürlichen und juristischen Persönlichkeiten eingeräumt werden.

Da eine natürliche Person zweifellos noch nicht vorliegt, scheint das Reichsgericht den nondum conceptus in die Rolle der juristischen Personen einweisen zu wollen. In Bd. 65 S. 280 seiner Entscheidungen heißt es ebenfalls, daß noch unerzeugten Nachkommen in den wenigen gesetzlich gestatteten Fällen fingierte Rechtspersönlichkeit verliehen ist. Ebenso wie das Gesetz die geordneten handelswirtschaftlichen Gesellschaften geradezu als juristische Personen betrachtet, so sei es nicht ausgeschlossen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch auch in anderen Fällen bloß in der Vor=

stellung, in Wirklichkeit nicht existierenden Wesen eine gewisse Rechtsfähigkeit zugestanden hat, so dem nondum conceptus.

Cosack stellt die Behauptung auf, daß ausnahmsweise einem subjektiven Recht der Inhaber fehlen könne: es gibt herrenlose Rechte, die in niemandes Namen ausgeübt werden. Als Beispiel eines solchen wird von Cosack das Recht des Nacherben zitiert, falls dieser noch nicht geboren oder noch nicht erzeugt ist. Es ist herrenlos bis zur Geburt des Nacherben.

Dem ist entgegenzuhalten: In den angeführten Fällen handelt es sich keineswegs um herrenlose Rechte. Wie noch darzustellen ist, kann es sich erstens in unseren Fällen nicht um Rechte handeln. Zweitens kann von einer Herrenlosigkeit solcher Rechte keine Rede sein, sondern es besteht nur ein Schwebezustand, welcher sich unbedingt zugunsten eines der Prätendenten, und zwar mit rückwirkender Kraft entscheiden muß, so daß in Wahrheit stets ein Berechtigter vorhanden war, obwohl seine Persönlichkeit zur Zeit noch ungewiß war (v. Tuhr S. 381).

Crome spricht in gleicher Weise beim Embryo und bei dem nondum conceptus von „Rechten“, die ihnen vorbehalten werden können, und nur scheinbar fehle hier ein Rechtssubjekt. Die Rechte sind allerdings nicht an einen einzelnen Menschen als ihren Träger geknüpft, aber ein Rechtssubjekt ist vorhanden, wenn auch nur ein künftiges und erwartetes.

Biermann (§ 32 N. 2) verneint gemeinsam für den nasciturus und den nondum conceptus gleich Hölder ein Vorhandensein von Rechten und darum auch von subjektlosen Rechten. Entweder ist da, wo man von Subjektlosigkeit spricht, trotzdem ein Rechtssubjekt vorhanden, oder es sind noch keine Rechte da. So bei den sogen. Rechten des Embryo oder nondum conceptus; wie schon auseinandergesetzt (S. 10), kann es sich nur um rechtliche Bedingungen handeln.

Nach Leonhard (Erbrecht S. 10/11) ergibt sich die Lösung der Frage in folgender Art: In der Tat ist es undenkbar, jemandem Rechte zuzusprechen, der nicht rechtsfähig ist. Aber es handelt sich beim nasciturus und beim nondum conceptus in gleicher Weise auch nicht um Rechte, sondern nur um Anwartschaften, um einen Zustand des werdenden Rechtes, und es ist

nicht widersinnig, diesen Zustand schon vor den Beginn der Rechtsfähigkeit zu verlegen. „Fertige Rechte können nur fertigen Persones, entstehende Rechte aber auch werdenden Personen zustehen."

Diese Anführungen Leonhards bringen uns um einen Schritt weiter, nämlich daß die Anwartschaft ein Zustand des werdenden Rechtes ist.

Einer eingehenden Behandlung wird diese Tatsache von Enneccerus (§ 75: Die Entwicklungsstufen des Privatrechts) gewürdigt. Es wird dort ausgeführt: Rechte entstehen nur dann, wenn der gesamte Tatbestand vorliegt, den die Rechtsordnung zum Entstehen von Rechten verlangt. Fehlt das eine oder andere Tatbestandsmerkmal, so kann zweierlei geschehen. Regelmäßig wird dann die Rechtsordnung keine Rechte entstehen lassen; so liegt der Fall bei einer testamentarischen Willenserklärung vor dem Ableben des Erblassers. Die allmächtige Rechtsordnung hat es aber auch in der Hand, ausnahmsweise trotz des Fehlens eines Tatbestandsmerkmales ein Entstehen irgendwelcher rechtlichen Wirkungen zuzulassen. So könne es vorkommen, daß eine Willenserklärung, deren Rechtswirkungen auch von anderen Voraussetzungen abhängt, bereits festen, von der Dauer des Willens unabhängigen Bestand erlangt, ohne daß allerdings schon ein subjektives Recht geschaffen wird. Treten dann später die übrigen Voraussetzungen zur Bildung eines Rechts hinzu, so war der bisherige Bestand selbständig genug, um den Eintritt der Rechtswirkungen selbst dann herbeizuführen, wenn derjenige, der die Willenserklärung abgegeben hat, inzwischen beispielsweise verstorben ist. Ein solcher Zustand bloßer Gebundenheit für die Zwecke eines in Zukunft erwarteten Menschen sind auch die sogen. zukünftigen Rechte des nondum conceptus. Dieser Zustand des werdenden Rechtes verwandelt sich in ein subjektives Recht, sobald nach Vollendung der Geburt der in Aussicht genommene rechtsfähige Mensch vorhanden ist, dessen Bedürfnissen das Recht nunmehr dienen kann (ähnlich v. Tuhr S. 380).

Die Literatur ist dann neuerdings durch eine Abhandlung von Gustav Schwarz (Rechtssubjekt und Rechtszweck, im Arch. f. bürgerl. R. 1910) bereichert worden, die sich ebenfalls mit dem in Rede stehenden Problem beschäftigt. Schwarz knüpft an

Hölders Gedanken an, die dieser in seinem Buche „Juristische und natürliche Personen" entwickelt hat. Hiernach können nur handlungsfähige Menschen Rechte ausüben und über Rechte verfügen, und zwar können sie die Handlungsmacht ausüben entweder zum Zwecke der Förderung eigener Lebensbedürfnisse oder zum Zwecke der Förderung irgendeines anderen Bedürfnisses. Hölder unterscheidet danach „Privatrecht" als die demjenigen Menschen zugeteilte rechtliche Macht, dem auch der Rechtsvorteil zukommen soll — der Handlungsfähige handelt zum Zwecke der Befriedigung seiner eigenen Interessen - und „Amtsrecht" als diejenige Macht, die z. B. der Vormund für seinen Bevormundeten ausübt, bei dem also der Rechtsvorteil einem anderen (nach Jhering als Zwecksubjekt) zukommen soll als dem Machtinhaber.

Im zweiten Falle ist derjenige, dem der Rechtsvorteil zukommen soll, keineswegs stets ein Mensch, es gibt Stiftungen und Vereine ohne menschliche Destinatäre. Hier soll das Recht irgendeinem Zwecke dienen; nicht einem persönlichen Wesen, sondern irgendeinem Zwecke soll der Rechtsvorteil zugute kommen, und auch in dem ersten Falle, wenn der Rechtsvorteil dem Machtinhaber selbst zugute kommen soll, dient in Wahrheit das Recht nur einem Zwecke, nämlich der Förderung des Lebens des Machtinhabers. Wenn es auch Rechte geben kann ohne solche Zwecksubjekte, so kann das Vorhandensein eines solchen Zwecksubjektes nichts dem Rechte Wesentliches sein, und allein der Zweck ist als bei jedem Rechte notwendig vorhanden selbst dann das Wesentliche, wenn im Einzelfall ein Rechtssubjekt vorhanden ist. Eine subjektive Beziehung eines Rechtes zu einem Verfüger (Benefiziaten, Genießer oder wie man sich sonst ausgedrückt hat) ist nicht notwendig vorhanden, wohl aber eine objektive Bestimmung, eine Beziehung zu einem Zwecke, den das Recht fördern soll (Schwarz S. 46).

Man hatte erkannt, daß jedes Recht notwendigerweise einen Zweck, nicht aber das haben muß, was man „Subjekt" (Genießer, Verfüger) genannt hat, ein Wesen als Träger des Rechts. Es war „das widerstrebende, auf dem tiefen Zuge zur Persönlichkeit beruhende Gefühl", das noch überwunden werden mußte, um zu

erkennen, daß überhaupt an die Stelle des Rechtssubjektes der Rechtszweck zu treten hat und dieses nicht allein als Aushilfs- und Verlegenheitsmittel dort, wo man mit der Lehre vom Rechtssubjekt als einem „Wesen", „Träger" stecken blieb (so bei den juristischen Personen), sondern auch bei den natürlichen Personen.

Binder sagt einmal in seinen grundlegenden Betrachtungen über „Das Problem der juristischen Persönlichkeit": „Die Philosophie hat es längst als ihre Aufgabe erkannt, Dingbegriffe in Relationsbegriffe umzusetzen, um dadurch zur Lösung der letzten, in der Körperwelt begründeten erkenntnistheoretischen Probleme zu gelangen. Es ist sein Verdienst, dieses bei der Frage nach dem Rechtssubjekt durchgeführt und dementsprechend die Antwort auf die Frage: „Was heißt Rechtssubjekt sein?" dahin formuliert zu haben (S. 49): „Rechtssubjekt sein heißt in der durch die Rechtsordnung gegebenen Beziehung stehen, welche wir subjektives Recht nennen".

Die Rechtsordnung habe es nirgends mit Dingen — die menschlichen Wesen mit eingerechnet — zu tun, sondern nur mit Relationen, Dinge als solche interessieren das Recht nicht, sondern alles, was rechtlich von Bedeutung ist, besteht in der Beziehung von Mensch zu Mensch oder Rechtsobjekten. Jedes Rechtsverhältnis ist Relation. Da aber mit dem Begriff des Rechtsverhältnisses der Begriff des Rechtes ohne weiteres gegeben sei, muß das Rechtssubjekt selbst wieder eine Relation sein.

Schwarz (S. 56) sagt selbst, daß sich seine Ansicht mit derjenigen Binders in der Annahme berührt, daß Rechtssubjekt kein Ding, sondern ein Verhältnis ist, unterscheide sich aber doch wesentlich.

Fragen wir uns doch einmal danach, welchen Sinn wir mit den Worten verbinden: Ich bin „Träger" eines Rechtes, bin „Berechtigter", mir „steht ein Recht zu", ein Recht ist „mein" Recht, so findet man, daß alle diese Redewendungen die Tatsache nur bildlich umschreiben, daß ein Recht meinen Interessen zu dienen bestimmt ist. Sprechen wir also in hergebrachter Weise davon, daß jemand Subjekt eines Rechtes ist, so meinen wir damit das Zweckverhältnis eines Rechtes zu einem Interessenten, nicht letzteren selbst, sondern die Zweckbestimmung des Rechtes, und in

dieser Annahme eines „abstrakten Verhältnisses" als Rechtssubjekt liegt der Unterschied zu Binder. Der Ausdruck „Subjekt" ist irreführend und erscheint nach dem Gesagten gänzlich unbrauchbar oder eventuell nur dann noch anwendbar, wenn zufällig diese Zweckbeziehung zwischen einem Rechte und einem Menschen besteht. — Wie aber, wenn dieser Interessent, das Ziel der Zweckbestimmung kein Mensch, sondern eine juristische Person ist oder ein nasciturus oder nondum conceptus?

Verstehen wir unter dem hergebrachten Ausdruck „Subjekt" in Wahrheit jene Zweckbeziehung, so muß es klar erscheinen, daß die Frage danach, was alles nach dieser oder jener Rechtsordnung das Ziel dieser Zweckbestimmung sein kann (juristische Person, Mensch, nasciturus oder nondum conceptus, noch nicht genehmigte Stiftung), eine ganz andere ist als die Frage: Was versteht man unter Rechtssubjekt. Die letztere Frage ist keine nur einer positiven Rechtsordnung angehörende, sondern eine allgemeinwissenschaftliche.

Dagegen ist es, wie bereits erwähnt, Sache der einzelnen positiven Rechtsordnungen, wen oder was sie als in solchen Beziehungen zu stehen fähig anerkennen. Entscheidend ist hierfür der jeweilige Kulturzustand; die Römer schalteten den Sklaven aus, unser jetziges deutsches Recht berücksichtigt nicht allein jeden Menschen, sondern folgte dem Bedürfnis, auch den nasciturus und nondum conceptus zu berücksichtigen.

Es erhellt, daß man den Fehler begangen hatte, den einen, allerdings häufigsten Fall der Zweckbeziehung, nämlich zwischen Recht und Mensch, allein ins Auge zu fassen und von ihm den Begriff des Rechtssubjektes zu abstrahieren. Man erkannte nicht, daß es sich dabei nur um einen Unterfall handelte.

Aus dem Gesagten ergibt sich also: An Stelle des Subjektbegriffes — eines Menschen oder physischen Wesens — hat ein Verhältnisbegriff, wie Schwarz S. 57 sagt: die Zweckbeziehung, zu treten. Man muß den Ausdruck „Subjekt sein" als veraltet verwerfen, oder wenn man ihn aus alter Gewohnheit vorläufig beibehalten will, sich stets bewußt sein, daß man darunter zu verstehen hat: zu einem Rechte in gewissen Beziehungen stehen (S. 49).

Was die Terminologie anlangt, so gebraucht Schwarz für das Ziel der Zweckbeziehung den Ausdruck Interessent. Wenn sich auch sicher ein besserer Ausdruck als „Ziel“ finden läßt, so halte ich den Ausdruck „Interessent oder Interessennehmer“ aus demselben Grunde wie den Ausdruck „Subjekt“ für gefährlich und zu Mißverständnissen Anlaß gebend, da man wiederum ganz unbewußt einen Menschen oder ein Wesen im Auge haben wird.

Je nach dem Ziele der Zweckbestimmung müssen wir die rechtliche Natur des dem Ziele zuteil gewordenen Rechtsschutzes abstufen. Ist das Ziel ein rechtsfähiger Mensch, so kann es rechtliche Beziehungen zwischen ihm und einem Vollrecht geben. Ist das Ziel ein nasciturus oder nondum conceptus, so kann eine rechtliche Beziehung zwischen ihnen und einer Anwartschaft — als Zustand des unfertigen, werdenden Rechts — bestehen.

Es können auch sehr wohl solche Beziehungen zwischen Mensch und Anwartschaft bestehen, man denke an die Anwartschaft eines bereits lebenden Nacherben gegenüber dem Vorerben, dagegen kennt das positive Recht keine Beziehungen zwischen nasciturus oder nondum conceptus und Vollrechten; dem steht der Fundamentalsatz des § 1 BGB. entgegen.

Hier sollen uns nur die Beziehungen zwischen dem nasciturus und nondum conceptus einerseits und den Anwartschaften andererseits beschäftigen.

Gregor Semeka gibt in seinem Aufsatze „Das Wartrecht“ folgende Definition (ArchBürgR. Bd. 35 S. 159) und als Motto): „Wartrecht oder Anwartschaft ist eine rechtlich gesicherte Möglichkeit einer künftigen Vollrechtsentstehung“. Beide Begriffe sollen jedoch nicht dasselbe bezeichnen, sondern es wird durch sie die objektive Seite (das Wartrecht) von der subjektiven Seite der Rechtserscheinung (der Anwartschaft) auseinandergehalten (S. 188). In der Literatur finden sich für diese Rechtserscheinung die mannigfaltigsten Ausdrücke.[1])

Was man sich unter solcher Anwartschaft vorzustellen hat, hat Enneccerus in den S. 18 wiedergegebenen Ausführungen

---

[1]) vgl. die bei Semeka S. 188 befindliche Anmerkung und außerdem v. Tuhr in Bindings Handb. S. 380 f.

getroffen; es sei gestattet, auf sie zu verweisen. In ganz ähnlicher Weise charakterisiert v. Tuhr das Wesen der Anwartschaft.

Von ihr ist die bloße tatsächliche Aussicht eines Rechtserwerbes auseinanderzuhalten. Beiden ist charakteristisch das Fehlen von „Tatbestandsmerkmalen“ zum Erwerbe eines Rechtes, beide sind sie aber bereits Ansätze zum Rechtserwerb. Sie unterscheiden sich jedoch wiederum durch den Grad der Sicherheit der Erwartung. Je geringer diese Sicherheit ist, je mehr wird die Anwartschaft zur bloß tatsächlichen Erwartung und um so mehr geht der rechtliche Charakter verloren. Eine feste Grenze zwischen beiden zu ziehen ist unmöglich, aber es wird sich empfehlen, mit v. Tuhr der Vererblichkeit die ausschlaggebende Bedeutung beizumessen. So hat der zukünftige Erbe vor dem Erbfalle bereits, aber auch nur eine Aussicht; da diese seine tatsächliche Erwartung durch den Willen des Erblassers beliebig widerruflich ist, so kann man noch nicht von einer Anwartschaft im Sinne obiger Definition als einer rechtlich gesicherten Möglichkeit einer Vollrechtsentstehung sprechen. Eine Stärkung erhält die rechtliche Lage des zukünftigen Erben dann, wenn z. B. ein Erbvertrag vorliegt, da er ja dann doch immerhin schon durch das Schenkungsverbot geschützt ist. Dagegen haben wir es mit dem Gebilde einer wahren Anwartschaft zu tun, wenn der gesamte Tatbestand des Erwerbes eines Rechtes vorhanden ist und zum Übergange der Anwartschaft in ein Recht nur noch die Entstehung eines rechtsfähigen Menschen fehlt.

In welchen Fällen das deutsche Gesetz für den nasciturus und nondum conceptus solche Anwartschaften entstehen läßt, soll später zum Gegenstand der Abhandlung gemacht werden.

Die Zweckbestimmung der Rechte besteht im „Verwendungszweck“ (Schwarz S. 64), diejenige der Anwartschaft „im Erhaltungszweck“ und zwar haben die Anwartschaften sowohl des nasciturus als die des nondum conceptus diesen Erhaltungszweck in gleicher Weise. Erst die Geburt des Menschen hat dann die Wirkung, daß die Zwecke sich ändern und mit ihnen sich die Anwartschaft zum Vollrecht umgestaltet, zum Vollrecht, welches die gegenwärtigen Bedürfnisse des nunmehrigen Menschen zu befriedigen bestimmt ist.

Schwarz (S. 61) spricht auch bei den Beziehungen Ungeborener zu Anwartschaften von Rechten. Er führt aus, daß es nach seiner Ansicht zur Existenz eines Rechtes lediglich eines Zwecks, nicht auch der Existenz eines Wesens bedarf, und nimmt an, daß es „Rechte" geben kann, die ausschließlich für künftige Wesen bestimmt sind. Sie könnten zwar nicht den Zweck haben, für die künftigen Wesen bereits verwendet zu werden, wohl aber den, für sie aufbewahrt zu werden.

M. E. kann es sich hier aber nicht um vollentwickelte Rechte handeln, wenn das Bestimmungsziel noch kein Mensch ist, sondern um diejenigen Zustände des werdenden Rechtes, die wir oben als Anwartschaften bezeichnet haben. Hält man an dem obersten Grundsatz des § 1 BGB. fest, um sich innerhalb der Grenzen des positiven Rechtes zu bewegen, dann muß dieser Unterschied gemacht werden.

Gewiß ist auch nach diesseitiger Ansicht kein Mensch oder Wesen Voraussetzung zum Vorhandensein von rechtlichen Beziehungen überhaupt; um aber von Rechtsbeziehungen (= Beziehungen zwischen einem Vollrecht und dem Ziel der Beziehungen) zu reden, ist nach unserem Rechte erforderlich, daß ein lebender Mensch dieses Ziel ist.

Bereits bei der Darstellung der einzelnen in der Literatur vertretenen Ansichten ist gelegentlich zu ihnen Stellung genommen worden, z. B. gegen die Lehre von der juristischen Persönlichkeit des nasciturus (vgl. S. 8).

Soweit dies nicht geschehen ist, ergeben sich aus der hier als richtig vertretenen Ansicht die Gründe, derenwegen die anderen Ansichten nicht zu billigen waren.

Diese Gründe liegen in der Verschiedenheit der Ausgangspunkte. Es ist nicht angängig, den nasciturus oder nondum conceptus unter den Begriff der juristischen Person zu zwängen oder andere herkömmliche Rechtsfiguren zur Anwendung bringen zu wollen (subjektlose Rechte, bedingte Rechte), sondern man muß dem Gedanken Binders (s. S. 28/29) folgen und davon ausgehen, daß die Rechtsordnung es niemals mit Dingen an sich, sondern mit Beziehungen zu tun hat. So bedeutet auch „Rechts-

subjekt sein", wie oben auseinandergesetzt, nichts anderes als rechtliche Beziehungen, in denen juristische oder natürliche Personen, der nasciturus oder der nondum conceptus zu einander oder zu Sachen stehen können.

Die rechtliche Stellung des nasciturus.

I. Römisches Recht.

Von der Zeit der Befruchtung bis zur vollendeten Geburt ist das Schwangerschaftsprodukt im Rechtssinne nasciturus. Nach römischer Anschauung waren die Voraussetzungen dafür, daß ein solcher nasciturus zum rechtsfähigen Menschen wurde, andere als heutigentages: man verlangte, daß er lebendig, lebensfähig und in menschlicher Gestalt zur Welt kam (Dernburg, System des röm. R. § 40 S. 80). Erst dann ist nach römischem Recht ein rechtsfähiger Mensch vorhanden. Dies entspricht vollkommen der Lehre der Stoiker, nämlich daß das Kind erst mit dem Austritt aus dem Mutterleibe eine Seele empfange. Daher ist der Embryo pars viscerum. Den Satz Plutarchs: *οἱ Στωικοὶ* — haben gelehrt — *μέρος εἶναι αὐτὸ (τὸ ἔμβρυον) τῆς γαστρὸς* haben die römischen Juristen sich ganz und gar zu eigen gemacht. Die auf das Erzeugte übertragene *ψύχη* ist danach zunächst nur *φύσις*, Pflanzenseele, kein menschliches Wesen; daher partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur. Erst mit der Trennung vom Mutterleibe wird die *φύσις* zur *ψύχη*: „*οἱ Στοικοὶ καὶ τὸ πνεῦμα λέγουσιν ἐν τοῖς σώμασι τῶν βρεφῶν τῇ περιψύξει στομοῦσθαι καὶ μεταβάλλον ἐκ φύσεως γίνεσθαι ψυχήν* „vgl. Sokolowski S. 453). Aus l. 3 § 1 C. 6, 29 — si vivus perfecto natus est — hat man das Erfordernis der gänzlichen Trennung von der Mutter hergeleitet. Zur Lebensfähigkeit gehörte eine mindestens sechsmonatliche Existenz als Embryo. Irgendwelche Mißbildungen taten dagegen der Rechtsfähigkeit keinen Abbruch, sofern das Schwangerschaftsprodukt nur überhaupt das Wesen des Menschen hatte. Dem caput wurde im römischen Recht, wie l. 44 D. 11, 7 beweist, eine sehr entscheidende Bedeutung beigemessen. Möglicherweise hat daher die Kopfbildung auch hier in unserem Zusammenhange, wie man vermutet hat, den Aus-

schlag gegeben. Fehlte dem Geborenen menschliches Wesen, so war im Sinne des römischen Rechtes kein Rechtssubjekt vorhanden, denn non sunt liberi, qui contra forman humani generis converso more procreantur (l. 14 D. 1, 5). Diesem Erfordernis lag im römischen Recht ein religiöses Motiv zugrunde; der Vater durfte ein mißgestaltetes Kind töten, und oft wurde es nach Befragung der Priester auf Senatsbeschluß getötet, denn diese und andere absonderliche Erscheinungen galten als Vorzeichen ungünstiger Ereignisse. Ebenso ist im Gegensatz zu dem perfecte natus kein rechtsfähiges Wesen beim Abortus vorhanden.

Die Lehre von der Vitalität gab zuerst Savigny zur Bekämpfung der Lehre Anlaß, daß eine Lebendgeburt keineswegs unbedingt die Erlangung der Rechtsfähigkeit zur Folge habe, sondern die Vitalität hinzutreten müsse. Sein Versuch der Widerlegung dieser Lehre fand Anklang. Es leuchtete ein, daß die Rechtsfähigkeit lediglich an das Dasein des Menschen ungeachtet seiner Aussicht auf weitere Existenz geknüpft ist (anders heute noch code civil art. 906).

Obwohl dem römischen Rechte bei seiner bekannten Kasuistik allgemeine Rechtssätze fremd sind, finden wir hier eine allgemeine Rechtsregel zugunsten des nasciturus aufgestellt. Allein dieser Rechtssatz hat niemals als einheitliches Prinzip gegolten, sondern er ist lediglich als eine Verallgemeinerung vieler einzelner Gesetzesvorschriften aufzufassen.

L. 7 D. 1, 5 besagt: Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit. Diese Digestenstelle hat vielfach die Auslegung erhalten, die römischen Juristen hätten fingieren wollen, daß ein Embryo bereits Mensch sei. Dies ist als unrichtig abzulehnen und die von Puchta (§ 114 b) vertretene Ansicht, daß der Embryo bereits juristische Persönlichkeit habe, kann durch die Quellen gar nicht begründet werden (Vangerow Bd. 1 S. 65). Der Embryo kann nicht in der väterlichen Gewalt stehen, kann keine Familienrechte, Eigentum, Besitz einer Sache, ja Erbschaften erwerben oder gar durch Vormünder alle Rechtsgeschäfte eingehen.

Auf die Frage, ob bereits das Zwölftafelgesetz Bestimmnugen zugunsten Ungeborener gekannt hat oder nicht, soll hier nicht eingegangen werden (vgl. hierüber Caldemeyer, Rostock 1902). Jedenfalls ist die Berücksichtigung des nasciturus im römischen Rechte bereits älteren Datums. Bereits in älterer Zeit wurde dem Embryo ein Anteil an der Erbschaft des Vaters gewährt, und schon eine lex regia verbot, schwangere Weiber zu begraben, bevor die Leibesfrucht ausgeschnitten worden war (l. 2 D. 11, 8). Auch bestand schon damals mit Rücksicht auf das werdende Leben des nasciturus die Vorschrift, schwangere Weiber nicht hinzurichten. Das spätere Recht enthält dann noch weit mehr einzelne Bestimmungen über die rechtliche Stellung des nasciturus, z. B. l. 26 S. 2 D. 1, 5; l. 18 D. 1, 5; l. 7 § 1 D. 1, 9; l. 4 D. 5, 4; l. § 19 D. 37, 9 und außerdem l. 5 D. 37, 9 (curator ventris) u. a.

Merkwürdigerweise enthält das allgem. Landrecht keine Bestimmungen über den Beginn der Rechtsfähigkeit (§ 12 I, 1), erlaubt jedoch die Schlußfolgerung, daß der Ungeborene nicht rechtsfähig ist. Das Erfordernis der Vitalität ist abgestreift. Dagegen hat das allgem. Landrecht mit dem römischen Rechte den Satz gemeinsam, daß Mißgeburten, denen menschliche Form und Bildung fehlt, nicht rechtsfähig sind. Trotzdem das allgem. Landrecht dem nasciturus also keine Rechtsfähigkeit verleiht, hat es sich doch der berechtigten Forderung nach einer gewissen Berücksichtigung auch nicht entzogen. Es gebühren auch dem Ungeborenen seit seiner Konzeption die allgemeinen Rechte der Menschheit. Von den vier Bestandteilen derselben (vita, incolumitas corporis, libertas, existimatio, angeführt bei Koch, ALR. Bd. 1 S. 80) kommen hier nur der Anspruch auf physische Pflege und Vermeidung alles dessen in Betracht, was der Lebendgeburt des Embryo hinderlich sein könnte. Der Gedanke, daß die Rechte, welche einem nasciturus zukommen würden, wenn er zur Zeit der Empfängnis schon wirklich gelebt hätte, integra reservarentur, liegt auch dem allgem. Landrecht zugrunde, wenn es bestimmt, daß die Rechte — es handelt sich vor allem um die sogen. Standes- und Erbrechte — auf den Fall, daß ein Kind lebend zur Welt kommt, „vorbehalten" bleiben. Die eingehende Regelung der standes- und erbrechlichen Fragen findet sich im ALR. II, 3 §§ 22—24 und

I, 9 §§ 371—381 (vgl. hierüber insbes. z. B. Förster-Eccius, Preuß. PrivR. und den Kommentar von Koch).

Die Beweisbestimmung des § 13 ALR. bezüglich des Gelebthabens entschied sich endgültig für die Ansicht der Sabinianer, daß das Kind nicht unbedingt geschrien haben müsse. Die älteren deutschen Rechte kannten gleich dem römischen Rechte solche Lebenszeichen als Beweis dafür, daß ein Kind nach der Geburt gelebt hatte, z. B. Augenaufschlagen und Beschreien der Wände (Sachsenspiegel Art. 324). Pernice vertritt vielleicht nicht mit Unrecht die Ansicht, daß die seltsame Übereinstimmung einen religiösen Untergrund hat.[1])

Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Es ist bekannt, daß bereits Ende des Jahres 1881 die Teilentwürfe der Redaktoren fertiggestellt waren. In ihnen (Begr. des Allgem. Teils S. 70) und in den Motiven (Bd. 1 S. 28) ist von gewichtigen Gründen die Rede, das Erfordernis der Lebensfähigkeit wieder aufzustellen. Es heißt in den Motiven: „Mag auch manches für die innere Berechtigung dieses Erfordernisses sprechen, jedoch hat doch die Aufstellung desselben praktische Rücksichten gegen sich. Die Frage, ob ein lebend geborenes und alsbald wieder verstorbenes Kind lebensfähig oder lebensunfähig gewesen sei, läßt sich der Regel nach nicht mit Sicherheit beantworten. Die Entscheidung ist lediglich der Leibesbeschaffenheit des Kindes zu entnehmen und diese ermöglicht nur in den seltensten Fällen ein zuverlässiges Urteil".

Hölder (ArchZivPrax. Bd. 73, 1888, S. 19) hat m. E. das Richtige mit seiner Erwägung getroffen, daß das Leben eines aus anderen Gründen als mangelnde Lebensfähigkeit bald nach der Geburt verstorbenen Kindes für das Recht keine andere und größere Bedeutung und seine Persönlichkeit nicht mehr Realität

---

[1]) Von anderen Partikularrechten sei erwähnt das bayr. Landrecht Teil 1 Kap. 3 § 2 Nr. 3: Ungeborene oder im Mutterleibe Liegende werden für geboren erachtet, wenn es ihr Nutzen also erfordert und die lebendige Geburt wirklich darauf erfolgt. Ähnlich österr. BGB. § 22 Satz 2 und sächs. BGB. § 32 Satz 2 u. 3, Gesetzbuch von Wallis Art. 9, Gesetzbuch von Zürich und Schaffhausen.

habe, als wenn mangelnde Reife der Grund des baldigen Absterbens war.

Das Erfordernis der Lebensfähigkeit war mit Recht bei einer Neuregelung wiederum zu verwerfen und ist verworfen worden.

Hölder hat das Fehlen einer allgemeinen Bestimmung im Entwurf über die rechtliche Stellung des nasciturus für eine Lücke gehalten, findet sich jedoch mit diesem Übel als dem kleineren gegenüber der Gefahr einer zu weitgehenden Fassung ab, welche unangemessene Konsequenzen haben könnte.

In der Tat ist wohl auch die Tatsache, daß die Praxis eine sich event. bemerkbar machende Lücke in der gesetzlichen Regelung jederzeit ohne Schwierigkeiten ausfüllen kann, schon für den Entwurf das Entscheidende dafür gewesen, von einer Regelung der rechtlichen Stellung der Ungeborenen in allgemeiner Form abzusehen und sich mit Spezialbestimmungen zu begnügen,[1] denn keiner Rechtsordnung war es bisher gelungen, den allgemeinen Satz der l. 7 D. 1, 5 treffend zu beschränken.

II. Bürgerliches Gesetzbuch.

1. Erbrecht.

Dem soeben Gesagten entsprechend suchen wir im allgemeinen Teile des Bürgerlichen Gesetzbuchs vergebens nach irgendwelchen Vorschriften, welche den nasciturus betreffen.

Was durch einen allgemeinen Rechtssatz nicht hat geregelt werden können, hat man durch Einzelbestimmungen an den einschlägigen Gesetzesstellen erreicht. Man ist den dahin gehenden Vorschlägen der Motive gefolgt.

Es soll die Aufgabe dieses Teiles der Abhandlung sein, die einzelnen Fälle darzustellen, bei denen im Interesse der Billigkeit eine fürsorgende Berücksichtigung des nasciturus für das bürgerliche Recht geboten erschien.

---

[1]) Eine kurze in andeutender Form gehaltene Erläuterung der einzelnen einschlägigen Bestimmungen des Entwurfes findet sich in DNotZ. 1889 S. 32—39.

Die größte Anzahl der Bestimmungen zur Wahrung der Interessen des Embryos finden sich im Erbrecht. Die Motive betonen, daß der nasciturus prinzipiell nicht als existent zu denken ist, aber der Natur der Dinge entspräche es, trotzdem den nasciturus in Ansehung der Fähigkeit, letztwillig bedacht zu werden, den bereits existierenden physischen Personen gleichzustellen (vgl. Mot. Bd. 5 zu § 1758 und Bd. 1 S. 29).

Es soll sich zunächst nun um die Vorschrift des § 1923 Abs. 2 handeln. „Wer zur Zeit des Erbfalles noch nicht lebte, aber bereits erzeugt war, gilt als vor dem Erbfalle geboren." Nasciturus pro iam nato habetur, und zwar ist es hierbei gleichgültig, wie viele Nachkommen geboren werden, ob nur ein Kind oder mehrere. Mit Recht hat man schon die Fassung des Rechtssatzes als zu Irrtümern Anlaß gebend bemängelt, scheint er doch eine Ausnahme von § 1 BGB. auszudrücken, daß der nasciturus in erbrechtlicher Beziehung schon als rechtsfähig anzusehen ist. Dann müßte man aber notwendigerweise die Konsequenz ziehen, daß beim Absterben eines nasciturus im Mutterleibe die ihm angefallene Erbschaft an seine Erben kommt. Dies ist nicht der Fall; dem nasciturus ist durch diese Gesetzesvorschrift kein Erbrecht, wohl aber eine Anwartschaft auf sein Erbrecht gewährt worden, welches noch von seiner Lebendgeburt gleichsam als condicio juris abhängig ist. Findet in irgendeiner Weise ein Fortfall des nasciturus statt, dann hat dieser trotz der Bestimmung des § 1923 Abs. 2 im juristischen Sinne niemals gelebt, es fällt jeglicher Grund für die Rechtsordnung fort, ihn noch zu berücksichtigen. Die Folge ist dann die, daß die Erbschaft demjenigen zusteht, der berufen gewesen wäre, wenn eine Schwangerschaft nicht vorgelegen hätte, denn eine einmal entstandene Anwartschaft kann nur so lange bestehen, als auch die Möglichkeit oder sogar die Wahrscheinlichkeit vorhanden ist, daß sie sich einmal durch das Existentwerden einer rechtsfähigen Person in ein Vollrecht umwandelt. Entfällt diese Möglichkeit, gewissermaßen das Ziel der Anwartschaft, so kann man nur annehmen, daß die einmal entstandene Anwartschaft untergeht; eine starke Tendenz auf eine künftige rechtsfähige Person ist der Anwartschaft so wesentlich, daß bei dem Fortfall der Richtung (Tendenz) auf das

Ziel die Existenz der ganzen Anwartschaft wieder entfällt, ohne rechtliche Wirkungen zu hinterlassen..

In dem bei Staudinger (zu § 1923 Abs. 2) angedeuteten Falle, daß der nach dem nasciturus zunächst Berechtigte in der Zeit vor der Geburt stirbt und Erben hinterläßt, findet ein Nachrücken dieser hinterlassenen Erben statt, wenn der nasciturus z. B. tot geboren wird oder vor vollendeter Geburt verstirbt. Das Bürgerliche Gesetzbuch ist hierin dem preußischen, nicht dem römischen Rechte gefolgt. Nach l. 30 § 1 D. 29, 2 wären im gleichen Falle diejenigen zur Erbschaft berufen, die beim Fortfalle des nasciturus, dagegen nicht zur Zeit des Erbfalles die Nächstberechtigten waren.

Wird der nasciturus lebend geboren, erlangt er mit der Rechtsfähigkeit gleichzeitig Erbfähigkeit als allgemeine Folge der Rechtsfähigkeit. Besondere Voraussetzungen für die Erbfähigkeit als nicht notwendige Folge der Rechtsfähigkeit gibt es nicht mehr. Der Erbschaftsanfall wird dann auf den Erbfall zurückdatiert, aber tatsächlich erworben wird die Erbschaft erst mit der vollendeten Geburt.

Diese Zurückbeziehung ist die konsequente Folge des im § 1922 BGB. aufgestellten Rechtssatzes, daß mit dem Tode einer Person deren Vermögen auf die Erben übergeht.[1])

Es erschien billig, die Vorschrift des § 1923 Abs. 2 auch auf den Fall Anwendung finden zu lassen, daß zur Zeit des Nacherbfalles ein nasciturus vorhanden ist; die Protokolle bekunden, daß die Einstellung eines besonderen Paragraphen dieses Inhalts beantragt wurde; man hielt dies jedoch für überflüssig und wurde den Forderungen dieser sachlich richtig gestellten Anträge (Prot. Bd. 5 S. 614) in Form des § 2108 gerecht.

Einen dritten Anwendungsfall des Satzes nasciturus pro iam nato habetur enthält das Vermächtnisrecht im § 2162 BGB. Wiederum gilt der Gedanke des § 1923 Abs. 2, wenn der Bedachte zur Zeit des Erbfalles bereits erzeugt, aber noch nicht geboren war. Es könnten Zweifel an der analogen Anwendbarkeit auf-

---

[1]) Nach richtiger und herrschender Meinung ist für eine hereditas iacens im Bürgerlichen Gesetzbuch kein Raum mehr. Für eine solche noch jetzt z. B. Hellwig.

treten, da sich § 1923 unter dem Titel „Erbfolge" findet, es sich hier dagegen um einen Fall aus dem Vermächtnisrechte handelt. Die Protokolle geben uns aber die Auskunft, daß eine Wiederholung des Gedankens in einem besonderen Paragraphen im Vermächtnisrechte überflüssig erschien (Prot. Bd. 6 S. 336). Man hat damals angenommen, daß sich die Anwendbarkeit auf das Vermächtnisrecht im Wege der Analogie mit genügender Sicherheit ergebe (Prot. Bd. 6 S. 336 II a. E.).

Bezüglich der Entstehung der Forderung des Vermächtnisnehmers bestimmt § 2176, daß die Forderung unbeschadet des Rechtes auf Ausschlagung in der Regel mit dem Erbfall zur Entstehung gelangt.

Ausfluß des im § 1923 Abs. 2 enthaltenen Gedankens ist auch die Regierung der dreißigjährigen Frist des § 2109. Danach genügt es, um die Einsetzung eines Ungeborenen als Nacherben gültig zu erhalten, wenn dieser binnen der dreißigjährigen Frist auch nur erzeugt ist, mag er auch erst später nach dem Ablauf der 30 Jahre zur Welt kommen.[1])

Eine andere Folge von § 1923 ist die Auslegungsregel des § 2070, daß im Falle ein Erblasser Abkömmlinge eines Dritten ohne eine nähere Bestimmung bedacht hat, die noch nicht Erzeugten als nicht bedacht gelten sollen. Von Wert ist hier die damit positiv gegebene Bestimmung, daß der zur Zeit des Erbfalles bereits Erzeugte als bedacht bei einer Teilung mitzurechnen ist.

Bei der hier brennend gewordenen Frage, wie der Fall zu beurteilen ist, wenn noch keine oder keine Abkömmlinge mehr zur Zeit des Erbfalles vorhanden sind, hat man § 2084 in den Vordergrund zu stellen. M. E. erfordert das dort aufgestellte Prinzip des favor testamenti, daß Nachgeborene zur Nacherbfolge zuzulassen sind. Peiser (im Recht 1902 S. 609) erörtert die strittige Frage und kommt zu dem Ergebnis, welchem m. E. beizutreten ist, daß § 2070 für diesen Fall keine Vorschriften hat geben wollen, denn der Sinn dieses Paragraphen ist nur der, daß eine Teilung des Nachlasses unter den bereits Erzeugten

---

[1]) vgl. Martinius (im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 23 S. 162 f.) über die entsprechende Anwendung des § 1923 Abs. 2.

möglich sein soll, ohne die Geburt noch weiterer Kinder abzuwarten. War noch niemand vorhanden oder auch nur erzeugt, so hat § 2084 in Wirksamkeit zu treten. Quaestio facti ist es, ob im anderen Falle vielleicht eine Nacherbeinsetzung der noch Unerzeugten seitens des Erblassers gewollt war, in diesem Falle hat dann § 2101 einzugreifen.[1])

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch kann grundsätzlich jeder Erbe jederzeit die Auseinandersetzung verlangen. § 2043 sieht u. a. nun auch den Fall vor, daß die Geburt eines Miterben noch in Aussicht steht, der erbberechtigt ist. Es gab zwei Wege für die Gesetzgebung, die fragliche Situation zu regeln. Entweder man gestattete die Auseinandersetzung, dann mußte man aber auch Fürsorge treffen, daß die unbestimmte Zahl der im Mutterleibe befindlichen nascituri nicht zu kurz kam, oder man verbot jede Teilung bis zur Behebung der vorliegenden Ungewißheit.

Die Gesetzgebungen haben beide Wege eingeschlagen. Im römischen Recht konnte geteilt werden. Über die Schwierigkeit, welche die Ungewißheit der Zahl der zu erwartenden Kinder mit sich brachte, setzte man sich hinfort, indem man drei Erbteile für event. zu erwartende Drillinge reservierte. Dann wurden aber fast immer Nachteilungen erforderlich. Die erste Teilung hatte daher den Mangel, daß sie regelmäßig nur eine vorläufige war. Dagegen hat das Bürgerliche Gesetzbuch den anderen Weg eingeschlagen.

Über den Fall, daß ein erbberechtigter Enkel des Erblassers geboren wird, der mit Brüdern zusammen berufen ist, vergleiche Leonhard § 2043 Anm. I A. Bei der hier erfolgenden Teilung nach stirpes unterbleibt nur die Teilung in der einen fraglichen stirps, denn die Erbteilung ist nur insoweit verboten, als die Erbteile auch wirklich unbestimmt sind.

§ 1944 BGB. setzt die Ausschlagungsfrist einer Erbschaft im Normalfalle auf sechs Wochen fest, und zwar beginnt diese mit der Kenntnis vom Anfall. Ist ein nasciturus vorhanden, so erfolgt der Anfall erst mit der vollendeten Geburt; die Bestimmung,

---

[1]) vgl. hierzu Leonhard § 2070 I; anders Planck zu § 2070, 1; Crome, Erbrecht § 644 Anm. 43.

daß der Erbe den Grund des Anfalls kennen muß, ist in einem solchen Falle so zu verstehen, daß die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters bestimmend ist.[1])

Für das Interesse der Leibesfrucht sorgt § 1963, welcher der armen Witwe bis zur Entbindung den standesgemäßen Unterhalt aus dem Nachlasse gewährt. Die Motive (Bd. 5 S. 490) sagen: „Das Kind soll in der Mutter geschützt werden, indem für diese gesorgt wird".

Die Charakterisierung dieser dem ungeborenen Deszendenten zuteil gewordenen Fürsorge hat Schwierigkeiten gemacht.

Handelt es sich um ein Recht der Mutter oder des künftigen Kindes? M. E. ist Schwarz hier im Recht, wenn er (S. 62 l. c.) ausführt, daß diese im gemeinen Rechte übliche Fragestellung falsch ist. Es handelt sich nicht um ein Unterhaltsrecht der Mutter, denn für den nasciturus soll gesorgt werden, wenn dies auch allerdings nur indirekt geschehen kann. Aber auch nicht um ein Recht des künftigen Erben kann es sich handeln, sondern das Gesetz stellt die Unterhaltspflicht im Interesse der bereits vorhandenen Leibesfrucht selbst auf. Die lebende Frucht ist hier als Zweckgegenstand aufzufassen, ebenso wie sie selbst z. B. Angriffsobjekt beim Verbrechen der Abtreibung ist. Es handelt sich hier nicht um eine Reservierung, um einen Erhaltungszweck, sondern offensichtlich um den Befriedigungszweck der Bedürfnisse des nasciturus.[1])

Zu gewähren ist der Unterhalt aus dem Nachlasse oder besser gesagt aus dem auf das demnächstige Kind entfallenden Anteil des Nachlasses. Die Fürsorge tritt nicht ein, wenn die Mutter sich selbst zu ernähren imstande ist; andernfalls steht ihr der standesgemäße Unterhalt zu.

Gleichgültig ist, ob der nasciturus nach seiner Geburt ex testamento oder ab intestato erbberechtigt ist, überhaupt vorhandene Erbberechtigung ist aber Voraussetzung.

---

[1]) vgl. Staudinger zu § 1944 Anm. 4d und die dort angeführte Literatur und Entscheidungen.

[2]) Schiffner (Pflichtteil, Erbesausgleichung usw., Jena 1897, S. 154) und Leonhard halten ein gesetzliches Vermächtnis für vorliegend.

2. Familienrecht.

Die auf den Schutz des nasciturus im Familienrecht abzielenden Vorschriften sind diejenigen der §§ 1716, 1777 Abs. 2, 1912 BGB.

Vorausgeschickt sei, daß es sich in dem § 1716 im Gegensatz zu dem bisher Besprochenen nicht um Rechtssätze handelt, die dem nasciturus eine Berechtigung gewähren, sondern um eine Schutzbestimmung des zukünftigen Kindes und der Mutter in der gerade in der ersten Zeit nach der Entbindung oft eintretenden Notlage einer armen Mutter.

§ 1716 gewährt nur die Sicherung des der unehelichen Mutter nach der Geburt zustehenden Unterhaltsanspruches vor erfolgter Geburt. Durch einstweilige Verfügung kann dem Schwängerer aufgegeben werden, den für die ersten drei Monate dem Kinde zu gewährenden Unterhalt angemessene Zeit vor der Geburt zu hinterlegen. Die Aufstellung eines ad hoc zu bestellenden Pflegers ist nicht erforderlich. Die Mutter selbst ist antragsberechtigt. Der Gesetzgeber hat diese Sicherstellung wesentlich erleichtert, indem von der Glaubhaftmachung der Gefährdung ihres Anspruches auf Unterhalt kraft positiven Rechtssatzes abgesehen worden ist (Abs. 2).

Gemäß § 1777 Abs. 2 kann der Vater für ein Kind, welches erst nach dem Tode des Vaters geboren wird, einen Vormund benennen unter der Voraussetzung, daß ihm die elterliche Gewalt zugestanden hätte, wenn das Kind vor dem Tode des Vaters geboren wäre. Dieses Recht des Vaters, sich selbst für die Zeit nach seinem Tode gewissermaßen seinen Vertreter zu setzen, ist als Ausfluß der elterlichen Gewalt anzusehen.

Während im Falle des § 1716 die Mutter berufen ist, das Interesse des künftigen Kindes zu vertreten, wird in allen anderen Fällen gemäß der Vorschrift des § 1912 ein Pfleger für den nasciturus bestellt, der die künftigen Rechte, soweit diese einer Fürsorge bedürfen, wahrzunehmen hat. Die elterliche Gewalt äußert sich hier bereits sozusagen vor dem Vorhandensein eines tauglichen Objektes in der Art, daß die Eltern durch § 1912 Satz 2 kraft Gesetzes zur Wahrung dieser künftigen Rechte berufen sind,

unter der Voraussetzung, daß ihnen die elterliche Gewalt zustehen würde, wenn der nasciturus bereits geboren wäre (so schon der 1. Entw. § 1741).

Es soll aber nicht behauptet werden, daß es sich hier schlechthin um die elterliche Gewalt handelt, sondern um eine analoge Ausdehnung derseben auf die Zeit vor der Geburt des Kindes. Eine Bestellung eines besonderen Pflegers wäre in solchen Fällen widersinnig, deshalb ist ein dahingehender Antrag, der die jedesmalige Bestellung eines Pflegers forderte, wozu selbstverständlich in erster Linie Vater und Mutter berufen seien, in der 2. Kommission abgelehnt (Prot. Bd. 4 S. 857).

Wohl aber bedarf es einer solchen Bestellung, wenn es sich um einen unehelichen nasciturus handelt, denn die Mutter hat bekanntlich nicht die elterliche Gewalt über ihr uneheliches Kind (§ 1707).

Die Pflegschaft endigt mit der Geburt des erwarteten nasciturus. Wird kein lebendes Kind geboren, bedarf es dagegen der vormundschaftsgerichtlichen Aufhebung.

Die rechtliche Natur der Pflegschaft.

Die Frage nach der rechtlichen Natur der Pflegschaft für einen nasciturus bereitet Schwierigkeiten und hat daher zu einer ausgedehnten Kontroverse geführt.

Am weitesten abseits von der allgemeinen Ansicht steht Alfred Schultze, der den Pfleger in einem Aufsatze in Iherings Jahrbüchern (Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht Bd. 43 S. 58 ff.) als Treuhänder charakterisiert. Er sagt dort etwa folgendes:

Aus § 1923 BGB. ergibt sich, daß ein zur Zeit des Erbfalles vorhandener erbberechtigter nasciturus den Nächstberufenen, d. h. denjenigen, der bei Nichtexistenz der Leibesfrucht Erbe sein würde, ausschließt. Dieser Ausgeschlossene kann also der Träger der wahrzunehmenden Rechte nicht sein, ebensowenig der nasciturus selbst (§ 1 BGB.). Durch die gleiche Argumentation rechtfertigt Hellwig seine Ansicht von der hereditas iacens und läßt den Pfleger Vertreter einer solchen sein; dem widerstrebt aber das

Grundprinzip des Bürgerlichen Gesetzbuches, welches eine hereditas iacens nicht kennt. Daran hält auch Schultze fest. Da niemand vorhanden sei, der vertreten werden könnte, so bleibe nichts anderes übrig, als den Pfleger als „Eigenberechtigten in fremdem Interesse" anzusprechen, als „Treuhänder". Diese Person selbst werde Subjekt jener Rechte, und dadurch unterscheidet sich Schultzes Ansicht von derjenigen Hachenburgs (Vorträge S. 322), welcher die Fortdauer des subjektlosen Zustandes auch nach der Bestellung eines Pflegers annimmt. Der Pfleger wird nach Schultze Eigentümer bezw. Miteigentümer der Nachlasses, je nachdem der nasciturus Allein- oder nur Miterbe sein wird. Im Prozesse ist er selbst Partei. Aber sein Eigentum ist auflösend befristet, und alle Verfügungen des Pflegers werden rückwärts unwirksam.

Die Theorie hat so viel Bedenken, daß man nicht weiß, wo man bei deren Erörterung anfangen soll. Als Gegner, die sich mit den verschiedensten gewichtigen Gründen recht zahlreich eingefunden haben, ist vor allem Dernburg zu nennen. Dieser hat (BBG. 3. Aufl. 1906 Bd. 1 S. 565 Anm. 1) m. E. mit vollem Recht auf die Unhaltbarkeit dieser Behandlungsweise hingewiesen, daß das Recht des Treuhänders allgemein an die auflösende Bedingung geknüpft ist und daß der Tod des Treuhänders, Untreue desselben, insbesondere Verfügung zu anderen als den gesetzlichen Zwecken ohne weiteres den Rückfall an den Treugeber herbeiführe. Darauf macht auch Schloßmann (Stellvertretung Bd. 2 S. 397 f.) aufmerksam, der die Unhaltbarkeit im einzelnen dort nachweist. Auch Rehme (KrVJSchr. 1905 S. 250) hat Bedenken, dieser überaus kühnen Konstruktion zu folgen. Sie vermag vor allem nicht zu erklären, auf welche Weise der Pfleger Eigentum am Nachlasse erwirbt.

Die Behauptung, daß der Kläger ipso jure mit seiner Bestellung Eigentümer wird, hat im geltenden Rechte in der Tat nicht mehr Stütze, als wenn man sagen wollte, dies wäre beim Vormund eines Minderjährigen der Fall. Die rechtliche Natur der Pflegschaft ist aber stets die gleiche, mag es sich um eine Pflegschaft für einen Abwesenden, Gebrechlichen oder nasciturus handeln, und zwar ist sie stets Vertreterschaft. Daher befindet

sich Schultze auch mit seiner Behauptung, daß der Pfleger des nasciturus in Prozessen selbst Partei ist, im Gegensatz zum geltenden Rechte.

Wie von Rehme wird ganz überwiegend der Pfleger in der Literatur trotz der Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben, daß ein vertretungsfähiges Subjekt nicht vorhanden ist, als gesetzlicher Vertreter angesehen. Dieser Ansicht ist beizutreten. Sie wird auch vertreten von Planck (Vorbem. zu § 1909 Bem. 3 S. 803: „gesetzlicher Vertreter dessen, in dessen Angelegenheiten er tätig wird"), Rosenberg (Stellvertretung im Prozeß 1908 S. 543), Crome (Familienrecht § 636, 10), Matthiaß (§ 126 II BGB.): „Der Pfleger hat die rechtliche Stellung des Vormundes, und was im Gesetz vom Vormunde gilt, trifft auch den Pfleger"), Goldschmidt (Nachlaßpflegschaft S. 92) und der anderen bei Fuchs zusammengestellten Literatur.

Im gleichen Sinne sprechen sich auch die Motive (Bd. 4 S. 1264) aus: „Der Pfleger ist innerhalb des ihm zugewiesenen Wirkungskreises als Vertreter des nasciturus . . . gedacht".

Der Umfang des Wirkungskreises bestimmt sich nach der Bestallung und umfaßt keineswegs eine allgemeine Vertretung. Der Pfleger kann nicht ganz allgemein Rechte für den nasciturus erwerben, sondern seine Tätigkeit ist auf die Wahrung einzelner Anwartschaften beschränkt, soweit solche in dem Gesetze anerkannt werden.[1])

In den Kreis der Befugnisse des Pflegers gehört auch die Wahrnehmung der zukünftigen Rechte aus §§ 844 Abs. 2 und 331 BGB.

3. Obligationenrecht.

Wir kommen damit auf das Gebiet des Obligationenrechtes und werden sehen, daß auch hier in wenigen Fällen eine Berücksichtigung des nasciturus stattgefunden hat.

Zunächst § 844 BGB. Dieser enthält insofern eine Ausnahme von dem Prinzip, als er auch anderen als den unmittel-

---

[1]) Bekannt ist die Entscheidung des Kammergerichts (KGJ. Bd. 29 A S. 156), die später noch Gegenstand der Besprechung sein soll.

bar Verletzten Ersatzansprüche, nämlich in dem Falle gewährt, wenn ein Unterhaltspflichtiger durch das Verschulden eines anderen getötet ist. Diese Ersatzpflicht greift auch dann Platz, wenn derjenige, dem gegenüber der Getötete unterhaltspflichtig werden konnte, noch nicht geboren, aber doch schon erzeugt ist.

Grundsätzlich entscheidet die Zeit des Todes über der Kreis der unterhaltsberechtigten Personen.

Das Gesetz hat hier wiederum eine Anwartschaft des nasciturus auf Schadensersatz zur Entstehung gelangen lassen, welche sich mit der Geburt in eine Ersatzforderung verwandelt. Voraussetzung für den Anspruch ist, daß zur Zeit der Tötung ein nasciturus vorhanden ist, dem gegenüber der Getötete hätte kraft Gesetzes unterhaltspflichtig werden können, und dem nacsiturus infolge der Tötung das spätere Recht auf den Unterhalt entzogen worden ist. Die Ersatzpflicht greift also nicht Platz, wenn jemand vertraglich eine Unterhaltspflicht übernommen hatte.[1])

Aus dem Wortlaute des § 844 Abs. 2 geht hervor, daß ein von dem Unterhaltspflichtigen in der Zeit zwischen der Verletzung und dem Tode Erzeugter mithin keine Ersatzrechte geltend machen kann. Da dem unehelichen nasciturus gegenüber die Erben des Getöteten unterhaltspflichtig sind, fällt hier eine Ersatzpflicht fort, nur wird man annehmen müssen, daß der Täter auch hier insoweit herangezogen werden kann, als der Unterhaltsberechtigte im Falle der Mittellosigkeit der Erben weniger erhalten würde.

Die Bestimmung des § 844 kehrt in anderen Gesetzen wieder, die eigentlich auch nur besondere Anwendungsfälle sind.

So enthält das Gesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen v. 3. 5. 1909 im § 10 und § 3 Abs. 2 HaftpflG. v. 7. 6. 1871, in der Fassung des EG. z. BGB. Art. 42, die gleiche obligatio ex lege.

Diese Spezialgesetze schalten das Bürgerliche Gesetzbuch aus.

Schließlich hat das Bürgerliche Gesetzbuch durch Verträge zugunsten Dritter noch eine andere Möglichkeit vorgesehen, Anwartschaften für einen nasciturus entstehen zu lassen. Daß Verträge

---

[1]) vgl. darüber, daß die Mutter auch Ersatzanspruch auf die sogen. Wochenbettkosten hat, Eger, Reichshaftpflichtgesetz 1912.

zugunsten solcher Dritter (Ungeborener) geschlossen werden können, wird zwar nicht ausdrücklich im Gesetz gesagt, geht aber durch eine Schlußfolgerung aus § 331 Abs. 2 hervor. Bestimmt wird hier nur, daß nach dem Tode des Versprechensempfängers vor der Geburt des Dritten ein Versprechen, an einen Dritten zu leisten, jetzt nicht mehr ohne weiteres aufgehoben oder abgeändert werden kann, setzt also die Möglichkeit eines solchen Vertrages zugunsten solcher dritter Ungeborener voraus, durch den dann vor der Geburt des Dritten wiederum rechtliche Wirkungen in der Form der Anwartschaft hervorgerufen werden können. Mit der Geburt entwickelt sich die Anwartschaft zum Vollrecht und das Kind erwirbt mit seiner Geburt das Recht auf die ihm versprochene Leistung. Damit nun nicht vorher in der Zeit zwischen dem Tode des Versprechensempfängers und dem mit der Geburt erfolgenden Rechtserwerbe seitens des Neugeborenen der zu seinen Gunsten bestehende Vertrag durch Übereinstimmung zwischen den Erben des Versprechensempfängers und dem Schuldner beseitigt werden kann, sah sich der Gesetzgeber veranlaßt, hier zum Schutze des nasciturus einzugreifen und die im § 331 enthaltene Bestimmung zu geben.

§ 331 BGB. hat aber für unser Thema noch eine andere Bedeutung, da wir aus ihm nicht nur die Möglichkeit herleiten, für einen nasciturus einen Vertrag zugunsten Dritter einzugehen, sondern auch für einen nondum conceptus.

Bevor jedoch darauf eingegangen werden soll, ist der Vollständigkeit der Darstellung der rechtlichen Stellung des nasciturus halber noch einiges aus dem öffentlichen Rechte, insbesondere aus dem Strafrechte zu erwähnen.

4. Öffentliches Recht, insbesondere Strafrecht.

Schon dem römischen Rechte waren öffentlichrechtliche Bestimmungen bekannt, die den nasciturus betrafen. Der Staat hat und hatte auch damals ein Interesse daran, Kinderlosigkeit im Interesse der Volksvermehrung zu verhüten. Daraus erklärt sich der durch das spätere römische Recht gehende Gedanke, der in späterer Zeit aufgetretenen Abneigung der römischen Frauenwelt, ihren Mutterpflichten nachzukommen, Einhalt zu tun. Zwei Mittel

standen hier zur Verfügung. Begünstigung der kinderreichen Mütter einerseits und Benachteiligung und Strafen andererseits.

Bekannt ist jene Vorschrift des S. C. Tertullianum, die eine wesentliche Begünstigung derjenigen Mütter enthielt, die dreimal geboren hatten. Es verlieh daraufhin das ius liberorum: die Mutter konnte ihre Kinder in der Klasse unde legitimi beerben. Die Mutter dreier Kinder war gemäß der lex Julia und Poppaea von der tutela befreit, unter der sonst jede Frau ohne weiteres stand. Darauf gründete sich auch ihre Erwerbsfähigkeit aus einem Testamente. Jedoch mußte eine Freigelassene vier Kinder geboren haben, um diese Vergünstigungen zu genießen.

Auf strafrechtlichem Gebiete wurde dem nasciturus wie im modernen Rechte der nötige Rechtsschutz durch die Bestrafung der Abtreibung zuteil. Dies lehrt uns l. 4 D. 47, 11 ... divus Severus et Antoninus rescripserunt, eam quae data opera abegit, a praeside in temporale exilium dandum; indignum enim videri potest, impune eam maritum liberis fraudasse.

Man sah also in der Abtreibung keine gegen den nasciturus selbst begangene Straftat, sondern eine solche gegen den Ehemann. Einschlägig ist noch die l. 8 D. 48, 9 ... si mulierem visceribus suis vim intulisse quo partum abegerit constiterit, eam in exilium praeses provinciae exigit. l. 39 D. 48, 19 belehrt uns sogar über einen Fall, in dem Todesstrafe verhängt worden ist ... scripsit, Milesiam quandam mulierem, cum esset in Asia quod ab heredibus secundis accepta pecunia partum sibi medicamentis ipsa abegisset, rei capitalis esse damnatam ... Tryphonius fährt dann fort, daß eine Abtreibung nach erfolgtem Divortium in der Absicht, ne iam inimico marito filium procrearet, mit zeitlicher Verbannung bestraft werden müsse. Die Römer haben hierbei auch die Beihilfe für strafbar erklärt (vgl. l. 38 § 5 D. 48, 19).

Bereits das kanonische Recht hat dann die Abtreibung in denjenigen Fällen als Verbrechen gegen das Leben angesehen, wenn der nasciturus schon Leben empfangen hatte. Die betreffenden Bestimmungen des kanonischen Rechtes finden sich Kap. 20 X de homicidio und causa 32 qu. 5 can. 8: Si aliquis ... mulieri aliquid fecerit vel ad potandam dederit, ut non possit generare aut concipere vel nasci soboles, at homicida teneatur.

Und an zweiter Stelle: Non est homicida, qui aborsum procurat ante, quam anima corpori sit infusa. Und später: Hic de anima questio solet agitari, utrum quicquid formatum non est nec animatum quidem possit intelligi et ideo non homicidium sit, quia nec exanimatum dici potest, si animam non habebat.

Dieselbe Unterscheidung zwischen der lebenden und noch nicht lebenden Frucht findet sich in der Karolina wieder. Diese beschäftigt sich im Art. 133 mit der Abtreibung und sieht ebenfalls deren Bestrafung mit den dem mittelalterlichen Rechte charakteristischen Härten vor: „Item so jemandt einem Weibsbilldt ... ein lebendig kindt abtreibt, ..., soll der man mit dem schwert, alls ein todtschleger und die fraw, ..., ertreunckt oder sunst zum tod gestrafft werden. So aber ein kindt, das noch nit lebendig were, vonn einem Weibsbilldt getriebenn wurde, sollen die urteiler der straff halber ... Raths pflegenn" (zit. nach Kohler, Die Carolina und ihre Vorgängerinnen, 1900).

Die modernen Rechte kennen einen ähnlichen Unterschied nicht mehr, der sich aber trotz besserer wissenschaftlicher Erkenntnis ganz auffällig lange erhalten hat.

Im heutigen Strafrecht ist das Rechtsgut des menschlichen Lebens bereits von dem ersten Entstehungsanfange im Mutterleibe geschützt. Die Leibesfrucht wird vor der Abtreibung, der Mensch vor der Tötung geschützt. Die gegenwärtig gültige Regelung der Abtreibung findet sich in den §§ 217f. StGB. Danach ist die Abtreibung ein Verbrechen (vgl. im ganzen die interessante Schrift Radbruchs in Vergl. Darst. Bes. Teil Bd. 5 S. 159f.). Bereits beim Begriff der Abtreibungshandlung hat der Streit in der Wissenschaft eingesetzt. v. Liszt sieht in der Abtreibung im engeren Sinne jedes rechtswidrige Bewirken einer Frühgeburt, ohne daß der dolus des Täters auf Tötung gerichtet sein muß. Damit wäre auch das Bewirken einer Frühgeburt seitens einer Witwe strafbar zu dem Zwecke, um ein nach dem Tode des Vaters erzeugtes Kind als ehelich erscheinen zu lassen. Dem stehen das Reichsgericht und andere gegenüber, die stets die Tötung der Frucht als bedingend für ihre Strafbarkeit ansehen. Bestraft wird sowohl der einfache Fall der Abtreibung durch die Schwangere selbst, als

auch die sogen. Lohnabtreibung und die Abtreibung seitens eines Dritten mit und ohne Wissen der Mutter.

Das Strafgesetzbuch bestraft eine Mutter, die ihr uneheliches Kind in oder gleich nach der Geburt tötet, milder als den gewöhnlichen Fall des Mordes. Für diese Regelung war maßgebend der Gedanke an die Verzweiflung und Angst vor der Schande bei der unehelich gebärenden Mutter. Der Kindesmord ist als ein durch die Unehelichkeit des Kindes als Milderungsumstand qualifizierter Fall des Mordes aufzufassen. Das Kind „in der Geburt", d. h. nach Beginn und vor der Vollendung der Geburt, kann Objekt des Kindesmordes sein. Daraus ergibt sich, daß für das Strafrecht andere Grenzen als für das Zivilrecht maßgebend sind. Ein Mensch im Sinne des Strafrechtes ist auch der „in" der Geburt befindliche zivilrechtliche nasciturus. Wären die Grenzen des Zivil- und Strafrechtes dieselben, so könnte man die ehelich gebärende Mutter, welche ihr Kind in der Geburt, d. h. vor Vollendung des Geburtsaktes tötet, nicht bestrafen. Es läge kein Mord vor, weil die Geburt noch nicht vollendet, mithin kein Mensch vorhanden war, und ebenso keine Abtreibung, da keine Frühgeburt verursacht worden ist.

Um diesem unbilligen Resultat zu entgehen, muß man eine Verschiedenheit der Grenzen und dann außerdem annehmen, daß die Grenze zwischen dem Dasein als nasciturus und Mensch strafrechtlich bereits mit dem Beginne der Geburt überschritten wird und nicht erst wie im Zivilrecht mit der vollendeten Geburt.

Wenn im Zivilrecht die Streitfrage entstand, wann eine Geburt als vollendet anzusehen ist, so ist die für das Strafrecht wichtige Frage nach dem Beginne der Geburt ebenfalls Gegenstand lebhaften Streites. Wann hört das Schwangerschaftsprodukt im strafrechtlichen Sinne auf ein nasciturus zu sein? Wann liegt Abtreibung, wann Mord vor?

Die Grenze zwischen beiden Delikten bildet nach Birkmeyer der Moment, in welchem die Leibesfrucht den Mutterleib so weit verlassen hat, um durch die Lungen atmen zu können. Mit diesem Momente schon ist für das Strafrecht die Leibesfrucht zum Menschen und damit zum möglichen Objekt der Tötung geworden.

Anders Olshausen:

„Objekt der ... Tötungsdelikte ... ist der lebende Mensch und zwar, wie der innerhalb des Verlaufes des Geburtsherganges nicht unterscheidende § 217 durch die Worte „in oder gleich nach der Geburt“ andeutet, der Mensch, auch wenn er noch nicht geboren ist, d. h. den Mutterleib unter Trennung von diesem gänzlich verlassen hat, sondern noch in der Geburt begriffen ist, also vom Beginn der Geburtswehen an; die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes, insbesondere § 1 BGB., sind nicht maßgebend“.

Dies hat auch das Reichsgericht angenommen. Gelegentlich einer Entscheidung in Bd. 26 S. 179 heißt es folgendermaßen: „Die Geburt des Kindes fängt naturgemäß dann an, wenn der Entwicklungsvorgang im Mutterleibe beendet ist und die Ausstoßungsversuche, durch welche die Frucht nach außen getrieben werden soll, eintreten. Der Austritt von Körperteilen des Kindes aus dem Mutterleibe ist ein weiteres Stadium des Geburtsaktes, aber nicht der Beginn desselben“.

Zur Begründung dieses Standpunktes wird an anderer Stelle (Bd. 9 S. 132) angeführt, daß es nicht abzusehen sei, warum die Gesetzgebung im Hergange der Geburt selbst eine Veranlassung hätte finden sollen, in einem Teile des Geburtsaktes das fragliche Recht auf Integrität dem Kinde zu gewähren, diesem aber im anderen Abschnitte des Geburtsaktes jenes Recht zu versagen.

Die medizinische Wissenschaft lehrt uns aber, daß diese Ansicht des Reichsgerichts insofern noch korrekturbedürftig ist, als es Vorboten der Wehen, sogen. Vorwehen und schließlich die sogen. Hauptwehen gibt, die durch ihr öfteres, zusammenhängendes und stärkeres Auftreten endlich zum Austritte der Leibesfrucht führen.

Da die Vorwehen oft längere Zeit vor dem eigentlichen Geburtsakte auftreten, so ist es nicht angängig, diese bereits als Anfang einer Geburt anzusehen. Vielmehr wird mit Wehrli (Der Kindesmord, Bern 1889) der Beginn der Geburt erst mit dem Auftreten der Hauptwehen anzusetzen sein.

Erst in ein zu spätes Stadium will dagegen Ortloff den Beginn der Geburt verlegen. Er sagt: Als physiologische Grenze zwischen Fötus- und Menschenleben ist die Luftatmung als das eklatanteste Lebenssymptom eines gesunden, eben geborenen Kindes

zugrunde zu legen, „weil in der Tat von da an ohne Rücksicht auf das räumliche Verhältnis des Neugeborenen zur Mutter die Lebensselbständigkeit beginnt, was die geläuterte Physiologie und gerichtliche Medizin stets anerkennen muß, da Atmen und Leben identisch ist für den Lebensanfang".

Die rechtliche Stellung des nondum conceptus.

1. Obligationenrecht.

Die Erörterung über die Bedeutung des § 331 BGB. für die rechtliche Stellung des nasciturus hatte ergeben, daß dieser Paragraph auch für die Stellung des nondum conceptus von Bedeutnng ist. Hieran soll wieder angeknüpft werden.

Der Grundsatz des § 1 BGB. bleibt auch hier aufrecht erhalten. Bedeutete schon die Berücksichtigung des nasciturus im Rechte keineswegs dessen Rechtsfähigkeitserklärung, so kann dies bei dem nondum conceptus erst recht nicht der Fall sein, aber wie bei dem nasciturus können auch dem nondum conceptus in wenigen gesetzlich anerkannten Fällen ausnahmsweise Rechte in der besprochenen Form von Anwartschaften vorbehalten werden, so auf dem Wege des § 331 BGB. durch ein pactum in favorem tertii. Die Vorschrift des § 331 BGB. will nicht etwa so verstanden sein, daß der Dritte mindestens bereits empfangen sein muß, wie dies § 1923 für die Möglichkeit Erbe werden zu können verlangt, sondern man ist sich einig, daß sie beide Möglichkeiten umfaßt: ob der Dritte bereits erzeugt ist oder nicht. Dahin äußert sich auch das Reichsgericht in der später noch in Betracht zu ziehenden Entscheidung Bd. 65 S. 280.

Übereinstimmend auch KGJ. Bd. 29 A S. 157. Nach Bagel S. 197 versteht sich dies ganz von selbst; vgl. auch Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse Bem. zu § 331.

2. Erbrecht.

Es liegt in der Natur der Sache, daß das Schwergewicht der Frage nach der rechtlichen Stellung des nondum conceptus wiederum wie beim nasciturus im Erbrecht liegt.

Sowohl durch Erbeinsetzung als durch Vermächtnis hat das Gesetz die Möglichkeit, für fernere Nachkommen Vorsorge treffen zu können, gewährt. Der nondum conceptus kann als Nacherbe eingesetzt und mit einem Vermächtnis bedacht werden.

Nach bisherigem Recht herrschte Streit, ob eine zur Zeit des Todes eines Erblassers noch nicht erzeugte Person als Erbe eingesetzt werden konnte. Vgl. hierüber die Abhandlung von Leopold Paulsen (Bern 1896), „Über die Erbfähigkeit der zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht empfangenen Nachkommen, die auf bejahendem Standpunkt steht. Die dort zitierten, ebenfalls bejahenden Entscheidungen des OAG. München (Seuff. Bd. 8 S. 63) und OAG. Berlin (Seuff. Bd. 25 Nr. 246) erwecken aber mehr den Anschein, daß sie einem vorhandenen praktischen Bedürfnisse haben abhelfen wollen, als daß sie auf dem Boden des römischen Rechtes gestanden hätten. Vangerow, Brinz, Windscheid, Mühlenbruch u. v. a. namhafte Rechtsgelehrte vertraten jedenfalls den entgegengesetzten Standpunkt.

Dagegen war es überwiegend geltendes Recht, daß der nondum conceptus zum Vermächtnisnehmer eingesetzt werden konnte.[1])

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat in § 1923 entschieden: Der nondum conceptus kann niemals nächster Erbe werden. Es sind Billigkeitsgründe gewesen, die dazu geführt haben, die Möglichkeit der Zuwendung an noch nicht Erzeugte im Wege des Vermächtnisses zu erweitern und ausnahmsweise im § 2101 BGB. die Einsetzung des nondum conceptus als Erben zu gestatten, wenn sie als Nacherbeinsetzung geschieht.

Der noch nicht Erzeugte ist selbst dann Nacherbe, wenn er als Erbe eingesetzt worden ist, hier greift die Bestimmung des § 2084 ein, und die gesetzlichen Erben treten mangels anderer Bestimmung in die Stellung der Vorerben ein, außer in dem Falle, wenn aus dem Inhalte der testamentarischen Bestimmung klar ersichtlich ist, daß eine Nacherbeinsetzung nicht dem Willen des Erblassers entspricht. § 2101 Satz 2 erklärt dann die Erbesein-

---

[1]) ALR. I, 12 § 530 bestimmte schon: Hat der Erblasser den Kindern eines Dritten einen gewissen Genuß bestimmt, welcher ganz oder zum Teil erst in künftigen Zeiten fällig wird, so nehmen auch die nachgeborenen Kinder daran teil.

setzung als unwirksam. Entgegen Strohal behauptet Stammler (Schuldverhältnisse S. 79 f.) allerdings, daß eine Erbeseinsetzung eines nondum conceptus seitens des Erblassers, der an die Möglichkeit, daß eine Erbeseinsetzung unwirksam sein könnte, nicht gedacht hat, unwirksam sein müsse.

§ 2109 Abs. 1 stellt den Grundsatz auf, daß die Einsetzung eines Nacherben nach 30 Jahren ihre Gültigkeit verliert. Diese Beschränkung — die nebenbei erwähnt bei Verträgen zugunsten dritter Ungeborener nicht besteht — ist aus der wirtschaftlichen Erwägung heraus zu verstehen, daß eine allzulange Vinkulierung eines Vermögens nicht wünschenswert ist. Man ist aber von der ursprünglich geplanten Begrenzung der einzelnen Fälle der Nacherbfolge zu einer zeitlichen Begrenzung übergegangen und hat außerdem diese auch nicht starr durchgeführt, vielmehr in besonderen Fällen wiederum Ausnahmen zugelassen. So dann, wenn der Eintritt einer Nacherbfolge von dem Eintritt eines bestimmten Ereignisses in der Person des Vorerben abhängig gemacht ist.

Die Anwartschaft des nondum conceptus als Nacherben bringt für den Vorerben dieselben Beschränkungen (§ 2113 f. BGB.) mit sich, wie wenn der Nacherbe bereits als rechtsfähiger Mensch existierte. Die Anwartschaft des nondum conceptus äußert sich hier in gleicher Weise wie das Recht des lebenden Nacherben.

Zur Wahrnehmung der im Normalfalle dem lebenden Nacherben zustehenden Rechte ist für den nondum conceptus ein Pfleger berufen, der gemäß § 1913 bestellt werden kann.

Eine Besonderheit enthält § 2106. Während wir gesehen haben, daß bei dem Vorhandensein eines nasciturus der Erbanfall gemäß § 1923 Abs. 2 auf die Zeit des Erbfalles zurückbezogen wird, geschieht dieses im Falle des § 2106 nicht, wenn der nasciturus zur Zeit des Erbfalles nicht erzeugt war. Der Nacherbanfall tritt dann erst mit der Geburt des Nacherben ein, ohne daß eine entsprechende Zurückdatierung stattfände.

Dies scheint ganz gerechtfertigt mit Rücksicht auf die Schwierigkeit, den Zeitpunkt der Konzeption und damit denjenigen Zeitpunkt zu bestimmen, auf den die Rückdatierung zu erfolgen hätte. Im Falle des § 1923 Abs. 2 hat man in dem Erbfall

einen bestimmten und leicht bestimmbaren Zeitpunkt, auf den man die Zurückbeziehung vornimmt.

Andererseits genügt es aber wiederum zur Wahrung der im § 2109 gegebenen Frist, wenn der Nacherbe bei Ablauf der Frist als nasciturus im Mutterleibe existiert. Hier erklärt sich die Ausnahme wiederum aus dem Vorhandensein eines festen Zeitpunktes, auf den die Zurückbeziehung zu erfolgen hat, nämlich der Ablaufstermin der dreißigjährigen Frist. Planck (Bem. 4 zu § 2108) ist der Ansicht, daß auch dann, wenn dem Willen des Erblassers entsprechend der Anfall an den Nacherben nicht erst mit dem Tode des Vorerben, sondern sobald als möglich, mit der Geburt des Deszendenten eintreten sollte, rechtlich eine Rückbeziehung auf die Zeit der Empfängnis stattzufinden hat. Die beabsichtigte analoge Regelung dieser Verhältnisse mit denen im Falle einer Vermächtniszuwendung (vgl. § 2178) spricht jedoch gegen Plancks Ansicht.

Besondere Schwierigkeiten ergeben sich in folgendem Falle: Ein Erblasser hat testamentarisch bestimmt, daß seine jetzt noch unverheiratete Tochter seine Erbin sein soll, im Falle ihrer Verheiratung aber deren Kinder bei ihrer Geburt sein Vermögen erben sollen.

Zunächst ist die Tochter dann als Vorerbin und deren Kinder sind als Nacherben anzusehen. Wenn nun die Tochter sich verheiratet hat und A geboren wird, dann tritt dieser mit seiner Geburt in die Nacherbenstellung ein. Die Mutter hört auf, Vorerbin zu sein und A bekommt allein die Nutzung der Erbschaft. Schwierigkeiten entstehen erst dann, wenn im Laufe der Zeit mehrere Kinder zur Welt kommen. Bagel (Gruchots Beitr. Bd. 52 S. 209) unterscheidet hier zwei Möglichkeiten. Man kann entweder jeden einzelnen der Abkömmlinge, soweit sein endgültiger Erbteil in Betracht kommt, sofort nach seiner Geburt als definitiven Nacherben und nur im übrigen als Vorerben behandeln wollen. Diese Auffassung krankt aber, worauf auch Bagel mit Recht hinweist, an der Unmöglichkeit, die auf jeden Abkömmling endgültig entfallende Erbquote vor dem Zeitpunkt festzustellen, in dem der Kreis der möglicherweise existent Werdenden geschlossen ist. Wegen dieser Schwierigkeit empfiehlt

es sich, die jeweilig vorhandenen Kinder bezüglich der ganzen Erbschaft den etwa später noch zur Existenz gelangenden gegenüber als Vorerben zu behandeln. Durch die Auferlegung der Vorerbenbeschränkung kommt zum Ausdruck, daß die Substanz der Erbschaft keineswegs den jeweilig vorhandenen Kindern allein, sondern nur zusammen mit den etwa später noch hinzukommenden zusteht. Die Nutzungen der Erbschaft stehen allerdings nur den lebenden und zwar in vollem Umfange zu. Wird also B als zweiter Nachkomme geboren, so sind A und B zusammen die Nacherben ihrer Mutter; jeder von beiden bezieht die halben Nutzungen der Erbschaft. Beide sind aber wiederum zugleich Vorerben gegenüber späteren Kindern. Wird ein Dritter geboren, so dritteilen sich die Nutzungen der Erbschaft und so geht es weiter.

Diese Auffassung aber hat den Nachteil, daß die Enkel des Erblassers bei einem langen Leben der Mutter unter Umständen sehr spät, nämlich erst dann in den uneingeschränkten Genuß des Nachlasses gelangen, wenn feststeht, daß keine Kinder mehr geboren werden. Dieser Nachteil wird aber dadurch gemildert, daß nicht etwa erst die absolute Unmöglichkeit der Geburt weiterer Nachkommen (z. B. der Tod der Mutter) als Zeitpunkt des unbeschränkten Anfalles anzunehmen ist, dann würde ja z. B. nach dem Tode des Ehemannes die Zeit von ca. 10 Monaten noch abzuwarten sein; als Grenze ist vielmehr derjenige Zeitpunkt anzunehmen, in dem bereits nach menschlicher Voraussicht das Hinzukommen von neuen Kindern ausgeschlossen erscheint. Zu seiner Feststellung würde es event. eines Sachverständigengutachtens bedürfen. Dieses allein entspricht dem mutmaßlichen Willen des Erblassers, daß die Kinder seiner Tochter, sobald es die Umstände zulassen, seine definitiven Nacherben werden sollen.

Sehr fraglich erscheint es, ob eine Teilung des Nachlasses verlangt werden kann, solange noch Kinder geboren werden können. Vagel verneint dieses und beruft sich auf § 2043 Abs. 1. Dieses ist m. E. nicht angängig, da von einer „zu erwartenden Geburt“ wohl erst dann gesprochen werden kann, wenn ein nasciturus vorhanden ist. Die Schwierigkeiten, die nämlich entstehen, wenn nach geschehener Teilung noch Kinder geboren

werden, berechtigen aber zu der Annahme, daß der Erblasser sie nicht gewollt hat. Vielmehr ist anzunehmen, daß der Nachlaß in der Zeit, in der noch solche Schwierigkeiten entstehen können, ungeteilt bleiben soll. Wenn es sich um Grundstücke handelt, so wäre in einer solchen Teilung eine Verfügung zu erblicken, die unter den § 2113 BGB. fällt.

Wie durch das Hinzukommen, so kann der Bestand der Deszendenz durch das Ausscheiden, z. B. durch den Tod eines Kindes, möglicherweise eine Veränderung erleiden. Stirbt von mehreren vorhandenen Kindern z. B. der A mit Hinterlassung eigener Nachkommen, so treten diese an seine Stelle. Dies ist ganz unzweifelhaft. Stirbt A kinderlos, so will Bagel annehmen, daß der Erblasser für den Fall, daß einer seiner Enkel den Zeitpunkt nicht erlebt, in dem der Kreis der Bedachten geschlossen ist, eine weitere Nacherbfolge in der Art bestimmt hat, daß die vorhandenen Abkömmlinge sich gegenseitig substituiert sind. Bagel zieht nun hieraus die Folgerung, daß der Anteil eines vor diesem Zeitpunkt kinderlos Verstorbenen nicht an seine gesetzlichen Erben, sondern an die überlebenden Geschwister fällt.

Es soll zugegeben werden, daß der Erblasser dies wohl gewollt haben kann, es muß dann aber in irgendeiner Weise bestimmt in der letztwilligen Verfügung zum Ausdruck gelangt sein. Dieses ohne weiteres anzunehmen, erscheint willkürliche Interpretation. Ohne bestimmte diesbezügliche testamentarische Anordnung ist nicht einzusehen, warum hier ohne weiteres eine solche zweite Nacherbfolge als angeordnet angenommen werden soll, es tritt vielmehr bezüglich der vererblichen Vorerbenrechte des Verstorbenen die gesetzliche Erbfolge ein.

Bagel erreicht durch seine Auslegung, daß der Fortfall eines Nachkommen vor dem Zeitpunkt, in dem der Kreis der Bedachten endgültig geschlossen ist, für die „Einheit“ (S. 209) der vorhandenen Abkömmlinge bedeutungslos ist. Dies erinnert sehr an die juristische Person und stimmt mit einer Äußerung an anderer Stelle (S. 202) überein, daß die künftige Deszendenz eine Gemeinschaft zur gesamten Hand sei, die in ihrer Konstruktion der juristischen Person sehr nahe komme. Allerdings bilden die vorhandenen Abkömmlinge eine Einheit im gewissen Sinne wie

jede Erbengemeinschaft, jedoch derart, daß jeder der Abkömmlinge einen Anteil hat, der bereits zu seinem Vermögen gehört und nach den gesetzlichen Regeln vererblich ist. Stirbt also von mehreren vorhandenen Kindern der A kinderlos, so wird er nach gesetzlichen Regeln von seinen Kindern beerbt, die dann neben ihren noch vorhandenen Kindern in die Vorerbenstellung des Verstorbenen eintreten und neben ihnen schließlich auch definitive Nacherben werden.

Die gesetzliche Erbfolge tritt auch dann ein, wenn der Verstorbene der einzige vorhandene Abkömmling war. Bagel macht auch hier keinen Unterschied, ob ein Abkömmling zwar anfänglich vorhanden war, jedoch nachträglich verstorben ist, oder ob er von Anfang an nicht vorhanden war. Dies bedeutet gegenüber der hier als richtig vertretenen Ansicht den wesentlichen Unterschied, daß nach Bagel die Mutter allein und nicht zusammen mit dem Vater Vorerbin ist, bis event. ein Nachkömmling geboren wird. Richtiger ist anzunehmen, daß beide Eltern nach gesetzlicher Erbfolge in die Vorerbenstellung des Verstorbenen eintreten.

Das Gesetz hat den Fall der Einsetzung einer noch nicht erzeugten Deszendenz als Vermächtnisnehmerin analog dem Falle der Nacherbfolge behandelt. § 2162 bestimmt, daß eine Vermächtniszuwendung nach 30jähriger Frist unwirksam werden soll, jedoch genügt es hier zur Aufrechterhaltung der Gültigkeit ebenfalls, daß der Bedachte bei deren Ablauf bereits erzeugt ist. § 2163 gestattet dieselben Ausnahmen von der 30jährigen Frist, wie wir sie im § 2109 bei der Nacherbfolge gefunden haben. Der Anfall und damit die Forderungsentstehung erfolgt mit der Geburt des nondum conceptus, nicht schon mit dessen Erzeugung.

Die beim Falle der Nacherbschaft besprochenen Schwierigkeiten, wenn z. B. der Kreis der bedachten Vermächtnisnehmer jetzt noch nicht geschlossen ist, sind in gleicher Weise hier vorhanden und analog zu beantworten. Der Anfall des Vermächtnisses ist wiederum in den Zeitpunkt zu legen, in dem der Kreis der Bedachten geschlossen ist (vgl. Henschel in DJZ. 1902 S. 577).

3. Familienrecht.

Pflegschaft aus § 1913 BGB.

In gleicher Weise, wie § 1912 die Bestellung eines Pflegers zur Wahrung der Interessen des nasciturus zuläßt, hat das Bürgerliche Gesetzbuch im § 1913 die Bestellung eines solchen Pflegers für den nondum conceptus vorgesehen. Es konnte sich in beiden Fällen keineswegs damit begnügen, inhaltlose Befugnisse zu gewähren, ohne gleichzeitig Mittel und Wege zu bieten, die Befugnisse auch durchzusetzen. Zur Begründung des § 1913 führen die Motive (Bd. 4 S. 1265) an, daß eine solche Vorschrift nicht entbehrlich war, da eine dem § 90 preuß. VO. entsprechende, die Fälle des § 1913 berücksichtigende allgemeine Pflegschaftsklausel jetzt nicht mehr existiere.

Das allgem. Landrecht deckte in § 49 II, 18 die in § 1913 vorgesehenen Fälle: „Wenn Fälle vorkommen, wo man noch nicht weiß, wer es sei, der bei einer Sache oder bei einem Geschäfte ein Interesse habe, so muß auch dem unbekannten Interessenten ein Kurator bestellt werden". Dieser Paragraph wurde dann durch § 90 preuß. VO. v. 5. 7. 1875 ersetzt, auf Grund dessen das Kammergericht ständig die Bestellung eines Pflegers für zurzeit noch nicht existierende Interessenten als zulässig erachtete, insbesondere bei letztwilligen Zuwendungen an zukünftige Deszendenten.

Dem ist das Bürgerliche Gesetzbuch gefolgt und hat im § 1913 das Prinzip der Nachlaßpflegschaft für unbekannte Erben auch auf andere Angelegenheiten ausgedehnt, insbesondere die Zulässigkeit der Bestellung eines Pflegers für noch nicht erzeugte Nacherben ausgesprochen. Allein das Gesetz beschränkt sich nicht auf die noch nicht erzeugten Nacherben, auch der noch nicht erzeugte Vermächtnisnehmer genießt diese Rechtswohltat.

Der Pfleger hat dann in allen denjenigen Fällen, in denen die Interessen des nondum conceptus rechtlich anerkannt und geschützt sind, diese wahrzunehmen. Damit ist aber auch zugleich eine Beschränkung in dem Sinne gegeben, daß der Pfleger auch nur in denjenigen wenigen besprochenen Fällen, in denen das

Gesetz das Entstehen einer Anwartschaft zugunsten des nondum conceptus zuläßt, handelnd eingreifen kann. Darum ist der Wirkungskreis eines solchen Pflegers beschränkt. Wie Henschel (DJZ. 1902 S. 576) ausführt, ist der Deszendenzpfleger nicht Verwaltungspfleger. Die Verwaltung stehe bei der Nacherbschaft entweder dem Erben oder einem Testamentsvollstrecker zu. Ist dem Vorerben ausdrücklich die Verwaltung entzogen oder geht dies aus dem Inhalte der letztwilligen Verfügung hervor, so ist es nach KGJ. Bd. 20 A S. 26 zulässig, von Gerichts wegen einen Testamentsvollstrecker zu ernennen. Die Rechtsprechung hat im Laufe der Zeit die richtigen Grenzen für den Wirkungskreis gezogen. Ist der Pfleger in seiner Bestallung nicht bezüglich seines Wirkungskreises beschränkt, so liegt ihm die Wahrnehmung aller einem Nacherben während der Vorerbschaft zustehenden Befugnisse ob.

Wirkungskreis des Pflegers, insbesondere Hypothekenbestellung für eine zukünftige Deszendenz.

Die Anlegung von Geldern auf Hypotheken oder die Anschaffung von Grundstücken oder anderer Sachen ist dem Pfleger insofern gestattet, wenn es sich hierbei lediglich um Verwaltungsmaßnahmen, nur um eine Umsetzung der unmittelbar aus dem Nachlasse erlangten Werte handelt; durch selbständige Verträge für einen nondum conceptus Rechte zu begründen, überschreitet seine Kompetenz. Das Vormundschaftsgericht kann sehr wohl in der Bestallung den Wirkungskreis beschränken, jedoch nicht beliebig erweitern. Dieses hat das Kammergericht in einer Entscheidung (KGJ. Bd. 29 A S. 153) dargetan. Die Vertretung einer zukünftigen Deszendenz habe nur den Zweck, „die Interessen noch nicht Geborener schon jetzt in Ansehung solcher Rechte, die schon vor ihrer Geburt rechtswirksam für sie für den Fall ihrer Geburt begründet werden könnten, zu schützen" (S. 156). Dem Pfleger stehe namentlich das Recht zu, die unmittelbar aus dem Nachlaß erlangten Werte in andere umzusetzen, falls er es für angezeigt halte, dagegen sei er nicht befugt, durch

selbständige Verträge neue Rechte für einen noch nicht Geborenen zu schaffen.

Damit hat das Kammergericht gleichzeitig den zur Entscheidung stehenden Fall verneint, daß ein Pfleger einen selbständigen Kaufvertrag für eine zukünftige Deszendenz gültig abzuschließen imstande ist. Bezüglich der Frage, ob eine Hypothekenbestellung in den Wirkungskreis des Pflegers hineinfällt, sind die Ansichten geteilt.

Zwei Entscheidungen, des Kammergerichts und des OLG. Hamburg v. 6. 7. 1906 (HansGZ. Beibl. 7 S. 39), lehnen die Hypothekeneintragungsmöglichkeit ab. Es war dafür das Hindernis, welches sich aus § 1 BGB. ergibt, maßgebend. Gemäß § 1115 BGB. müsse ein rechtsfähiger Gläubiger in das Grundbuch eingetragen werden. Eine Hypothek könne jedoch nicht auf den Namen von etwas nicht Rechtsfähigem eingetragen werden. Daß ein Nichtexistierender oder nur möglicherweise zur Existenz gelangender Mensch Rechte haben könne, werde nirgends anerkannt.

Diesen Entscheidungen steht mit einer anderen Ansicht das Reichsgericht gegenüber, welches gemäß einer beschränkten Erwerbsfähigkeit auch die Hypothekenerwerbsfähigkeit angenommen hat. Es ist dies als erwünscht zu begrüßen, denn damit, daß der Deszendenz eine abstrakte Anwartschaft auf ihr späteres Recht gegeben ist, ist gar nichts erreicht, wenn nicht zugleich dem Pfleger als demjenigen, welcher die Rechte der noch nicht erzeugten Deszendenz wahrzunehmen hat, auch die Möglichkeit gegeben ist, dieser Anwartschaft durch das Ergreifen sichernder Maßnahmen einen Halt zu geben. Das Gesetz kann sich nicht lediglich in der Gewährung einer beschränkten Erwerbsfähigkeit haben erschöpfen wollen. Das Reichsgericht möge selbst zu Worte kommen: „Die Eintragung einer Hypothek für die jetzige oder künftige Nachkommenschaft einer bestimmten Person ist nach jetzigem Rechte zweifellos gültig“ (RG. Bd. 61 S. 356). „Ist aber hiernach einer noch nicht erzeugten Nachkommenschaft erbrechtliche Erwerbsfähigkeit zugestanden, so müssen ihr auch auf anderen Gebieten des bürgerlichen Rechts ähnliche, sonst nur der wirklichen, natürlichen oder juristischen Persönlichkeit zustehende Rechte eingeräumt werden“. Auch das Kammergericht hat in einer Entscheidung

(KGJ. Bd. 29 A S. 155) eine Eintragung als Folge der Möglichkeit zugegeben, daß noch nicht Erzeugte, wenn auch nur in bestimmter Weise schon Rechte erwerben können. Ist eine Festlegung des Rechtes für einen künftig Berechtigten schon vor seiner Geburt nach geltendem Rechte möglich, so stehe nichts im Wege, dieses Recht auch im Grundbuch offenkundig zu machen. Reichs- und Kammergericht weisen in ihren Entscheidungen auch auf die Motive (Bd. 3 S. 641) hin, die eine Eintragung anerkannt wissen wollen. Wenn nach dem Gesetz für eine künftige Deszendenz für den Fall ihrer Geburt ein Forderungsrecht begründet werden kann, so müsse sich die Hypothekenbestellung für eine solche Forderung ermöglichen lassen.[1])

Entscheidet man sich für eine Hypothekenerwerbsmöglichkeit einer zukünftigen Deszendenz, so bietet § 1115 bezüglich der Bezeichnung im Grundbuche keine Schwierigkeiten. Eine namentliche Benennung des Einzutragenden wird nicht mehr wie nach preußischem Recht verlangt, vielmehr nur allgemein eine Bezeichnung des Gläubigers. Die bereits angeführte Stelle in den Motiven hat sich auch über die Bezeichnung des Gläubigers im Grundbuche ausgelassen und hält die Individualisierung des Gläubigers als ausreichend, wenn das Grundbuch erkennen läßt, daß die Eintragung für die künftigen Abkömmlinge einer dem Namen nach bezeichneten Person geschehen ist.

Wesentliche Bedeutung für die Eintragung hat das Gesetz der Angabe des Gläubiger**namens** nicht beigemessen. In der Regel ist allerdings der volle Name, Wohnort und Stand einzutragen. Dies bestimmt für Preußen der § 4 der allgem. VO. v. 20. 11. 1899, wohl aber hat das Grundbuch, „soweit diese Angaben untunlich sind, andere die Berechtigten deutlich kennzeichnende Merkmale anzugeben“. Auch das Reichsgericht hat (RG. Bd. 72 S. 40) Gelegenheit gehabt, eine Bezeichnung ohne Namens-

[1]) vgl. hierzu **Güthe**, GBO. Bd. 2 S. 1501; **Böhm**, Reichsgrundbuchrecht S. 152, 153 und die Ausführungen des Reichsgerichtskommentars zu § 1115, daß § 331 Abs. 2 den Nachkommen einer Person allerdings keine allgemeine Rechtsfähigkeit gegeben hat, wohl aber doch insoweit, als „Erwerb und Sicherung“ solcher Rechte in Frage kommen, welche man der Deszendenz als Dritten in einem Vertrage hat zuweisen können.

angabe für genügend zu erachten, wenn daraus die Person zweifelsfrei zu nehmen ist.

Über den Charakter der Pflegschaft aus § 1913 BGB. ist zu sagen, daß der Pfleger ebenfalls richtiger Ansicht nach als gesetzlicher Vertreter anzusehen ist (so auch Mot. Bd. 4 S. 1265).

Der Fall des § 1913 wird ganz überwiegend zur Personalpflegschaft gerechnet. Daß die Motive sämtliche Pflegschaften als Personalpflegschaft bezeichnen, ist bekanntlich nicht unbestritten, vielmehr die Auffassung, daß es sich im § 1914 um eine Vermögenspflegschaft handelt, die herrschende. Bezüglich des § 1913 vertritt v. Blume (§ 1913 Anm. 1) die Meinung, daß die Pflegschaft für den ungewissen Beteiligten als Güterpflegschaft und der Pfleger als Treuhänder anzusehen ist. Auch im Falle des § 1913 will Schultze Treuhänderschaft annehmen. Diese Ansicht ist jedoch aus den gleichen Bedenken wie bei den zum § 1912 geäußerten zurückzuweisen. Dagegen ist übrigens auch das Reichsgericht Bd. 65 S. 281: „Das nicht etwa der Pfleger der Nichterzeugten selbst Träger ihrer Rechte sein soll und kann, ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen der Stellvertretung und daraus, daß er nach § 1913 dem (also für den) noch nicht Erzeugten aufzustellen ist, somit etwas Verschiedenes von diesem sein muß. Auch verbietet die Möglichkeit fortgesetzten Wechsels der Pfleger die bekämpfte Annahme" (so auch Bagel S. 224).

Schluß.

Bisher ist stets nur von dem nasciturus und nondum conceptus als dem werdenden Menschen die Rede gewesen. Unser modernes Recht kennt jedoch außer den natürlichen Personen die sogen. juristischen Personen, welche ebenfalls, wie die menschliche Persönlichkeit bestimmte Entwicklungsstadien durchzumachen haben, ehe sie zur Rechtsfähigkeit gelangen. Dem menschlichen Nasciturus ist die noch nicht genehmigte Stiftung des bürgerlichen Rechts vergleichbar. Ist das Stiftungsgeschäft formgerecht vorgenommen, fehlt es aber noch an der erforderlichen staatlichen Genehmigung, so ist bereits eine reale Unterlage für das Existentwerden der Stiftung geschaffen, aber erst die staatliche Genehmigung bringt,

wie die Geburt für den Menschen, die Rechtsfähigkeit für die Stiftung mit sich. Stirbt der Stifter vor der Erteilung dieser Genehmigung, so ist es wie beim nasciturus auch in diesem Falle unnötig, mit Hellwig eine hereditas iacens anzunehmen, denn § 84 BGB. enthält die Bestimmung, daß die Stiftung, wenn sie nachträglich genehmigt wird, in gewissem Umfange, nämlich für die Zuwendungen des Stifters als schon vor dessen Tode entstanden gilt.

Es handelt sich hier um eine dem § 1923 Abs. 2 analoge Bestimmung. Die nach dem Tode des Stifters genehmigte Stiftung kann gleich dem nasciturus auch Erbin des Stifters und nicht nur Nacherbin werden, denn die Entstehung des rechtsfähigen Subjektes wird auf die Zeit vor den Tod des Stifters zurückbezogen. Mit Rücksicht auf § 2043 Abs. 2 hat auch eine Auseinandersetzung zwischen der errichteten, aber noch nicht genehmigten Stiftung und etwaigen anderen Miterben bis zur Entscheidung über die Genehmigung der Stiftung zu unterbleiben, da bis zu dieser Entscheidung eine Ungewißheit über die Person eines Miterben besteht. Eine Verweigerung der staatlichen Genehmigung wäre mit dem Falle einer Totgeburt vergleichbar, in beiden Fällen gelangt keine Persönlichkeit zur Entstehung.

§ 84 BGB. gilt jedoch nur für Stiftungen und nicht ganz allgemein für juristische Personen. Für sie gilt das Erfordernis der Koexistenz gemäß § 1923 Abs. 1, so daß sie in der Zeit des Erbfalls schon und noch existent sein müssen, um Erbe werden zu können. Die §§ 2106 Abs. 2, 2178 bestimmen, daß der Anfall der Nacherbschaft und des Vermächtnisses erst mit der Entstehung der juristischen Person und nicht schon vorher anfallen. Die juristischen Personen sind hier also nicht dem nasciturus, sondern eher dem nondum conceptus gleichgestellt.

Die Parallele zwischen dem menschlichen nasciturus und nondum conceptus einerseits und den noch nicht existenten juristischen Personen und noch nicht genehmigten Stiftungen andererseits bis in alle Einzelheiten zu verfolgen, wäre gewiß als dankbare Aufgabe zu bezeichnen, jedoch fehlt es bei dieser Gelegenheit an Raum dazu.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.